

UNIVERSITÀ DI PISA



SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE  
INDIRIZZO IN GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E DIRITTI FONDAMENTALI  
CURRICULUM IN TEORIA DEI DIRITTI

Tesi di dottorato

(ss.dd.: Filosofia del diritto, ius/20)

XXVIII ciclo 2013-2016

*«Dal pluralismo dei valori all'indeterminatezza normativa:  
il conflitto tra diritti nello Stato costituzionale»*

Candidato:

Michele Zezza

Relatori:

Chiar.mo Prof. Antonio Enrique Pérez Luño

Chiar.mo Prof. Lorenzo Milazzo



## Indice generale

PRESENTAZIONE	7
I. <i>Introduzione</i>	7
I.1. <i>L'interpretazione costituzionale tra diritto e morale</i>	7
I.2. <i>Interpretazione giudiziale e indeterminatezza normativa</i>	10
II. <i>Obiettivi principali e struttura del lavoro</i>	15
I PARTE	22
CAPITOLO I. IL CONTESTO STORICO-CULTURALE DELLA RICERCA E I SUOI PRESUPPOSTI METODOLOGICI	22
I. <i>Il contesto storico-culturale della ricerca</i>	22
I.1. <i>La contrapposizione tra monismo e pluralismo etico</i>	22
I.2. <i>Pluralismo dei valori e costituzionalismo contemporaneo</i>	24
I.3. <i>Il contesto storico-culturale dello Stato costituzionale</i>	29
I.3.1. <i>Dallo Stato legislativo ottocentesco allo Stato costituzionale di diritto</i>	29
I.3.2. <i>Interpretazione legislativa e interpretazione costituzionale</i>	31
I.3.3. <i>Costituzionalizzazione della cultura giuridica e neocostituzionalismo metodologico</i>	34
II. <i>I presupposti metodologici essenziali della ricerca</i>	40
II.1. <i>La distinzione debole tra regole e principi</i>	40
II.2. <i>Una linea di sviluppo della ricostruzione hohfeldiana</i>	44
II.3. <i>La superiorità esplicativa della interest theory</i>	48
II.4. <i>La concezione dinamica dei diritti</i>	49
CAPITOLO II. IL DIBATTITO TEORICO SUL CONFLITTO TRA DIRITTI FONDAMENTALI	52
I. <i>I piani dell'analisi e l'alternativa tra approccio descrittivo e approccio normativo</i>	52
II. <i>Il modello compatibilista</i>	56
II.1. <i>L'anticonflittualismo come tesi logico-concettuale</i>	57
II.2. <i>La marginalizzazione dei conflitti</i>	59
II.2.1. <i>Alcuni orientamenti giurisprudenziali e dottrinali</i>	60

II.2.2.	<i>La strategia di Habermas</i>	65
II.2.3.	<i>La posizione di Ferrajoli</i>	67
II.2.3.1.	<i>La delimitazione concettuale della categoria di diritti fondamentali e le differenti tipologie</i>	68
II.2.3.2.	<i>La marginalizzazione dei conflitti</i>	71
II.2.3.3.	<i>Un bilancio provvisorio</i>	73
III.	<i>Conflitti tra diritti: concetto, struttura e tipologie</i>	75
III.1.	<i>Pluralismo e competitività dei diritti</i>	76
III.2.	<i>La nozione di incompatibilità tra diritti fondamentali</i>	77
III.3.	<i>Alcune tipologie di conflitto</i>	78
III.3.1.	<i>La distinzione tra “intra-right conflicts” e “inter-right conflicts”</i>	78
III.3.2.	<i>La distinzione tra “conflitti in abstracto” e “conflitti in concreto”</i>	80
III.3.3.	<i>La classificazione delle antinomie nell’analisi di Ross</i>	81
III.3.3.1.	<i>Lo sviluppo teorico di Guastini</i>	83
CAPITOLO III. L’ALTERNATIVA TRA COERENTISMO E PLURALISMO		86
I.	<i>La “dimensione etica sostantiva” dello Stato costituzionale</i>	86
II.	<i>Il modello coerentista</i>	88
II.1.	<i>La variante monista</i>	90
II.2.	<i>La variante irenista</i>	91
II.2.1.	<i>La teoria di Moreso</i>	94
II.3.	<i>La strategia minimalista e i suoi presupposti storico-culturali</i>	98
II.3.1.	<i>Il minimalismo “anticonflittualista”</i>	100
II.3.2.	<i>Il minimalismo “libertario”</i>	101
II.3.3.	<i>L’irragionevolezza del minimalismo</i>	104
II.3.4.	<i>Due modelli di relazioni tra diritti negativi e positivi</i>	108
II.3.5.	<i>La pariteticità dei diritti nella prospettiva della interest theory</i>	113
III.	<i>Il modello particolarista</i>	118
III.1.	<i>Particolarismo “atomista” e particolarismo “triadico”</i>	124
III.2.	<i>Vantaggi teorici del modello</i>	127
IV.	<i>Il pluralismo dilemmatico come orientamento antimonista</i>	128
IV.1.	<i>I dilemmi tragici</i>	130
IV.2.	<i>L’obiezione dell’irrazionalità</i>	135
V.	<i>Un bilancio provvisorio</i>	137

II PARTE	140
CAPITOLO IV. LA RAZIONALITÀ DELLA PONDERAZIONE GIUDIZIALE	140
I. <i>Ponderazione giudiziale e indeterminatezza normativa</i>	140
II. <i>La teoria di Guastini</i>	144
II.1. <i>La concezione dell'interpretazione giuridica</i>	144
II.2. <i>I conflitti tra principi costituzionali</i>	148
II.3. <i>La discrezionalità del bilanciamento</i>	149
II.4. <i>Analisi di alcuni aspetti problematici</i>	152
III. <i>Il modello di Alexy</i>	155
III.1. <i>La riflessione sul bilanciamento come parte integrante di un progetto più ampio</i>	155
III.2. <i>Conflitti tra regole e conflitti tra principi: analisi di alcune differenze</i>	157
III.3. <i>Le tesi centrali sulla proporzionalità</i>	159
III.4. <i>La "legge del bilanciamento"</i>	161
III.5. <i>La "formula del peso"</i>	163
III.6. <i>Analisi di alcune critiche</i>	164
III.6.1. <i>Le obiezioni di Habermas</i>	164
III.6.2. <i>Le obiezioni di Schlink</i>	166
III.6.3. <i>Le obiezioni di García Amado</i>	168
III.6.4. <i>Le obiezioni di Moreso</i>	171
III.6.5. <i>Analisi critica della teoria di Alexy</i>	175
IV. <i>Un breve bilancio</i>	178
CAPITOLO V. LA LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA DEL BILANCIAMENTO GIUDIZIALE	182
1. <i>Presentazione del problema e obiettivo dell'analisi</i>	182
2. <i>Alcune metamorfosi del costituzionalismo contemporaneo</i>	183
2.1. <i>La posizione di Böckenförde</i>	187
3. <i>Judicial Review e principio democratico</i>	189
3.1. <i>Il dibattito dottrinale sul controllo giurisdizionale di</i>	

	<i>legittimità costituzionale: alcuni momenti storici essenziali</i>	193
3.2.	<i>La controversia dottrinale tra Kelsen e Schmitt</i>	197
3.3.	<i>La proposta neoparlamentarista</i>	201
4.	<i>La teoria di Alexy e le critiche di Habermas e Ferrajoli</i>	207
4.1.	<i>La nozione di rappresentanza argomentativa</i>	208
4.2.	<i>Le critiche di Habermas</i>	211
4.3.	<i>Le critiche di Ferrajoli</i>	213
5.	<i>La divisione del lavoro nell'amministrazione dei diritti</i>	218
 CAPITOLO VI. FONDAMENTI EPISTEMOLOGICI DELL'INDETERMINATEZZA		
	NORMATIVA	224
1.	<i>Gli obiettivi dell'analisi</i>	224
2.	<i>L'apertura della scrittura costituzionale</i>	225
3.	<i>Un'ipotesi di trasposizione analogica</i>	227
3.1.	<i>La meccanica quantistica relazionale</i>	228
3.2.	<i>Problemi teorici dell'analogia</i>	231
3.3.	<i>Le prospettive di Tribe e Bin</i>	233
4.	<i>Olismo epistemologico e interpretazione giudiziale</i>	235
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE		239
OPERE CITATE		243

## Presentazione

### I. Introduzione

#### I.1. *L'interpretazione costituzionale tra diritto e morale*

Il tema della presente ricerca si colloca all'interno dell'orizzonte storico e culturale dello Stato costituzionale contemporaneo, caratterizzato da alcune significative metamorfosi che hanno interessato l'interpretazione e l'applicazione del diritto<sup>1</sup>. Questi elementi possono essere sintetizzati nella diffusione di una cultura giuridica sostanzialista (postpositivista, neocostituzionalista), destinata a incidere significativamente sul panorama delle fonti del diritto e, per quanto attiene più specificamente al problema in oggetto, sul processo di concretizzazione delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali.

Negli odierni Stati costituzionali – contraddistinti dalla diffusione di un modello di Costituzione scritta, rigida, lunga, garantita, nonché dall'incorporazione di un composito “contenuto etico sostanziale”<sup>2</sup> costituito da diritti, principi, valori e interessi che pongono una serie di vincoli materiali alle scelte legittimamente perseguibili in sede legislativa – le condizioni di verità degli asserti giuridici appaiono indissolubilmente legate a elementi di carattere sostantivo (argomenti legati al “peso”, opzioni etico-politiche, valutazioni comparative tra interessi contrapposti, ecc.). Scrive in proposito Bruno Celano:

---

<sup>1</sup> In sede preliminare, è necessario precisare che lo studio assume ad oggetto un complesso di problemi filosofico-giuridici legati all'inclusione dei diritti fondamentali all'interno dei testi costituzionali, senza concentrarsi sulla loro dimensione sovranazionale e internazionale, e senza riservare un'attenzione sistematica al piano del diritto positivo.

<sup>2</sup> Cfr. B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 125-130.

[n]ell'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti non è possibile bloccare l'insorgenza di considerazioni attinenti alla sostanza dei diritti costituzionalmente sanciti: alla loro estensione, alla loro specificazione, al loro peso relativo in rapporto a ipotesi particolari, a loro limitazioni e agli elementi in base ai quali tali limitazioni possono considerarsi giustificate<sup>3</sup>.

In seguito al processo di costituzionalizzazione<sup>4</sup> che ha modificato la cultura giuridica dei paesi liberaldemocratici contemporanei, in maniera quantitativa e qualitativamente più consistente rispetto alle disposizioni di rango inferiore, i principi costituzionali attributivi di diritti fondamentali sono soliti rinviare a considerazioni di carattere morale. Questa "connessione"<sup>5</sup> si verifica con particolare evidenza nell'interpretazione di clausole costituzionali astratte, vaghe, generiche, indeterminate, emotivamente connotate, nonché nella concretizzazione e nel bilanciamento dei principi. Nuove tecniche argomentative e nuove forme di ragionamento giuridico sono, di fatto, utilizzate dai giuristi, dalle Corti costituzionali e dai giudici comuni, per interpretare e applicare i diritti fondamentali<sup>6</sup>. Il dato legislativo – sembra potersi affermare – può sempre

---

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 123.

<sup>4</sup> Cfr. R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1990, pp. 185-206.

<sup>5</sup> In argomento, le opere di riferimento si possono considerare le seguenti: C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* [1980], tr. it., Torino, Giappichelli, 1996, spec. cap. 1; Id., *Diritto come morale applicata* [1994], tr. it., Milano, Giuffrè, 1999, spec. capp. 1-3. Occorre precisare, tuttavia, che Nino non rifiuta la tesi positivista della separazione identificativa o concettuale tra diritto e morale, accettandone anzi la connessione giustificativa e la connessione interpretativa.

<sup>6</sup> Il complesso di questi fattori, come ovvio, contribuisce a determinare una significativa modulazione dei rapporti di potere (di creazione normativa) tra legislativo e giudiziario.

Per una qualificazione del fenomeno giuridico che sottolinei la centralità della dimensione interpretativa e argomentativa, con particolare riferimento al ragionamento morale, si vedano: M. Atienza, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; R. Dworkin, *The Forum of Principle*, in Id., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press (Massachusetts), 1985; Id., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge



essere rimesso in discussione in base a ulteriori considerazioni etico-giuridiche. In questo contesto, una decisione tende a essere vista come giustificata quando, in qualche misura, è possibile dimostrarne la compatibilità con il sistema di valori condivisi dalla comunità giuridica<sup>7</sup>.

Una possibile risposta a questi cambiamenti è fornita dalla teoria dworkiniana della lettura morale (*moral reading*) della Costituzione, interpretabile in senso olistico come un complesso di principi etico-politici intrinsecamente relazionati tra di loro<sup>8</sup>. Si tratta di un'intuizione che, nell'impianto argomentativo dell'autore, si associa ad altri assunti, tra cui, in particolare, l'idea dell'unica risposta corretta e la concezione dei principi morali come "oggettivamente" validi ed esistenti. I casi giuridici non facilmente determinabili, secondo tale impo-

---

(Massachusetts), 1986; J. Raz, *Legal Positivism and the Sources of Law*, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 37-52; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2013; W. Waluchow, *Inclusive Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 113 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, spec. cap. 7.

<sup>7</sup> «Avoidance of arbitrariness has often been understood, *per definitionem*, as the genuine content of legal certainty. This is however only one side of the coin. Let us recall what people expect when they ask for legal certainty (*sensu largo*). They presuppose that the decisions are not only nonarbitrary, but also substantially proper» (A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo, Reidel, 1987, p. 4).

A questo proposito, Aulis Aarnio utilizza la nozione di "razionalità dialettica", riferendosi alla necessità che le soluzioni giuridiche particolari si conformino all'"immagine del mondo" elaborata nell'ambito di una certa "forma di vita", ossia ai valori di giustizia sostanziale accettati all'interno di una determinata società (cfr. soprattutto *ivi*, pp. 196-201, 218). Seguendo Wittgenstein, l'autore difende la possibilità di rinvenire, all'interno di una determinata società, una comune struttura del pensare e dell'agire umano, un nucleo profondo di certezze che costituisce la precondizione per l'interazione sociale e per la condivisione delle conoscenze.

<sup>8</sup> «[A]ccording to the moral reading, these clauses must be understood in the way their language most naturally suggests: they refer to abstract moral principles and incorporate these by reference, as limits on government's power» (R. Dworkin, *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution, Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 7).

stazione, possono trovare una soluzione univoca e determinata mediante il ricorso dell'interprete/giurista a forme di ragionamento morale.

Quest'ultima tesi, tuttavia, appare incompatibile con il funzionamento effettivo dell'amministrazione dei diritti negli odierni Stati costituzionali, in cui uno o più interpreti possono fare riferimento a criteri morali eterogenei o, persino all'interno del medesimo sistema etico-normativo, fornire soluzioni divergenti o antitetiche rispetto a un singolo problema. Anche nello Stato costituzionale contemporaneo, inoltre, le considerazioni morali ricevono comunque l'indispensabile filtro di elementi giuridici, che contribuiscono ad arginare l'ampio margine di discrezionalità interpretativa di cui dispone il potere giudiziario<sup>9</sup>.

## *I.2. Interpretazione giudiziale e indeterminatezza normativa*

Nello Stato costituzionale contemporaneo, più che in qualsiasi altro contesto storico e culturale anteriore, il potere decisionale di ultima istanza risulta frammentato, distribuito, dilazionato. Lo "spazio giuridico"<sup>10</sup> dell'interpretazione delle norme può essere visto come il risultato di una congerie di azioni non esattamente predeterminabili. In questo senso, David Halberstam utilizza il concetto di "eterarchia costituzionale" (sebbene principalmente in riferimento al fenomeno del pluralismo giuridico sovranazionale nell'Unione

---

<sup>9</sup> Lo stesso Dworkin, peraltro, non fa riferimento ad un modello di ragionamento morale senza alcuna restrizione, riconoscendo quantomeno il ruolo dell'argomento testuale e di quello basato sul rispetto dei precedenti nell'ambito dell'interpretazione costituzionale (cfr. *ivi*).

<sup>10</sup> Per la nozione di spazio giuridico, inteso come il risultato dell'interazione dei soggetti e dei fenomeni giuridici, si rinvia al saggio di L. Tribe, *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in «Harvard Law Review», 103, 1, 1989, pp. 1-36.

Europea e negli Stati Uniti), per descrivere quella pluralità conflittuale di norme, attori giuridici, autorità istituzionali e interpretazioni che compongono le relazioni giuridiche:

[c]onstitutional heterarchy is a system of spontaneous, decentralized ordering among the various actors within a system. But it is more than that. Constitutional heterarchy is not merely conflict and accommodation based on raw power differentials or random fortuity of positions of relative advantage. Instead, constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various actors is based in constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself<sup>11</sup>.

Il diritto, in questi termini, si configura come uno strumento autoritativo di trasmissione del potere sociale, composto di legislazione, interpretazione e applicazione<sup>12</sup>. La tensione strutturale tra il potere legislativo e il potere giudiziario genera un “equilibrio di forze” inevitabilmente precario e instabile: è questo un tratto costitutivo del fenomeno giuridico in quanto pratica sociale di natura interpretativa.

In seguito al tramonto del modello politico dello Stato legislativo di diritto, sulla scorta di un progressivo allontanamento dallo strumentario analitico e metodologico delle prime forme di giuspositivismo (più precisamente, dalla concezione formalistica e meccanicistica dell’interpretazione e del ragionamento giudiziale), una parte considerevole del dibattito giusfilosofico contemporaneo tende a considerare l’interpretazione giuridica come una procedura preva-

---

<sup>11</sup> D. Halberstam, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J. Dunoff, J. Trachtman (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 2009, p. 355.

<sup>12</sup> Cfr. in particolare A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, cit., 1987, p. 95.

lentemente costruttiva, i cui esiti non sono pertanto integralmente predeterminabili<sup>13</sup>. Contestualmente ad un abbandono generalizzato del dogma della completezza delle fonti, si tende a evidenziare l'impossibilità di considerare la certezza del diritto (la presenza di regole generali, pubbliche, coerenti, non retroattive, intelligibili, relativamente stabili, e così via) quale carattere empiricamente riscontrabile, quantomeno nella sua compiutezza, all'interno degli ordinamenti giuridici positivi. In un sistema nomodinamico, l'interpretazione svolta dagli organi di applicazione del diritto assume un carattere almeno in parte creativo e discrezionale<sup>14</sup>.

1) Esiste innanzitutto un tipo di indeterminazione inintenzionale del testo normativo, imputabile alla struttura linguistica e ai rapporti logici di concatenazione tra le norme. L'indeterminatezza semantica dei linguaggi naturali può far sì che, in alcune circostanze, non sia possibile stabilire con esattezza se un caso individuale debba essere incluso o meno in un caso generico.

Un esempio emblematico di utilizzo di termini eticamente connotati nella scrittura costituzionale è costituito dalla "*Equal Protection Clause*" formulata nel XIV emendamento della Costituzione statunitense: "[n]or shall any State [...]"

---

<sup>13</sup> Tra i diversi fenomeni alla base dell'indeterminatezza dei risultati interpretativi, Coleman e Leiter identificano una "inevitabile incoerenza (*inconsistency*) interna del diritto", sottolineando così come le ragioni per giustificare qualsiasi decisione interpretativa risultino strutturalmente parziali (cfr. J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, in *Law, and Interpretation*, a cura di A. Marmor, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 216 ss.).

<sup>14</sup> Particolarmente significativa, in questo senso, è la teoria elaborata da Luigi Ferrajoli in *Diritto e ragione*, che ammette la possibilità di controllare oggettivamente i processi di conoscenza del diritto, riconoscendo al contempo l'esistenza di poteri giurisdizionali discrezionali. Negli ordinamenti giuridici vigenti – argomenta l'autore – esistono margini d'indeterminazione nei quali viene lasciato spazio alla discrezionalità giudiziale, solo parzialmente regolata dal diritto medesimo; norme non integralmente accessibili alla conoscenza da parte dei destinatari e non necessariamente applicate fedelmente ai casi particolari (cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989).

deny to any person within its jurisdiction the equal protection of law". Altro esempio, la formulazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti umani ("No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment and punishment"), in cui emerge il carattere emotivo, controverso, di vocaboli quali 'tortura', 'inumano' o 'degradante'<sup>15</sup>.

Secondo Hart, in particolare, tutti i termini dispongono di un nucleo di significato fisso, nei quali l'indeterminazione è minima, e di una "zona di penombra", occupata dai casi dubbi, nei confronti dei quali gli enunciati normativi esercitano pur sempre una funzione di guida dell'attività interpretativa, ma solo in modo provvisorio<sup>16</sup>.

In presenza di una situazione di incertezza, di fronte a regole flessibili, per determinare l'effettivo contenuto degli enunciati normativi, si rende necessario

---

<sup>15</sup> Si vedano in particolare le analisi di D. Miers, W. Twining, *How to Do Things with Rules*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1982, pp. 61-62.

<sup>16</sup> Utilizzando l'esempio dell'espressione linguistica costituita dal "divieto di introdurre veicoli nel parco", osserva Hart: «in tutti i campi dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire. Vi saranno invero dei casi chiari che ricorrono costantemente in contesti simili ai quali le espressioni generali sono chiaramente applicabili ('se mai esistono dei veicoli l'automobile è uno di questi'), ma vi saranno anche dei casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no. ('Il termine veicolo usato in questo contesto include le biciclette, gli aeroplani e i pattini a rotelle?')» (H. Hart, *Il concetto di diritto* [1961], tr. it., Torino, Einaudi, 1965, p. 148).

Sulla funzione dei principi sostantivi di giustizia e dei valori etico-politici nei testi costituzionali, si vedano altresì: L. Alexander, E. Sherwin, *Demistifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 32-39; M. DePaul, *Intuitions in Moral Enquiry*, in D. Copp (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007; R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, cit., 1996; F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, in «UCLA Law Review», 29, 1982, p. 827; J. Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in «California Law Review», 82, 1994, pp. 509-540. Sul ruolo dei giudizi di valore nella conoscenza giuridica, V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, parte III.

il ricorso a una scelta tra diverse interpretazioni astrattamente possibili<sup>17</sup>. A questo proposito, Hart parla espressamente di “struttura aperta”<sup>18</sup> del linguaggio giuridico, per riferirsi a fenomeni quali la vaghezza, l’incompatibilità delle norme, la possibilità di discostarsi dalla legge, la presenza di *hard cases*, e così via.

2) Da questa caratteristica strutturale del diritto occorre poi separare, quantomeno su un piano logico, quella forma di indeterminazione intenzionale, relativa ai casi in cui l’autore della norma, per assenza di informazioni empiriche sul futuro, volutamente non disciplina in dettaglio le modalità e i contenuti della sua applicazione giuridica, lasciando all’interprete la possibilità, in presenza di nuovi dati, di adottare soluzioni differenti<sup>19</sup>. Tali complicazioni interpretative,

---

<sup>17</sup> Sul tema della discrezionalità giudiziale nelle operazioni interpretative (la possibilità conferita al giudice di scegliere tra un determinato numero di risposte ugualmente legittime all’interno di un determinato ordinamento giuridico), si vedano soprattutto: A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, cit.; A. Barak, *La natura della discrezionalità del giudice e il suo significato per l’amministrazione della giustizia*, in «Politica del diritto», 1, 2003, pp. 3-18; M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999; A. Pérez Luño, *¿Qué significa juzgar?*, in «Doxa», 32, 2009, pp. 151-176; A. Rentería Díaz, *Il labirinto della giustizia: giudice, discrezionalità, responsabilità*, Angeli, Milano, 2000.

<sup>18</sup> Cfr. H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 150-159.

<sup>19</sup> Sulla defettibilità del ragionamento giuridico: C. Alchourrón, *Philosophical Foundations of Deontic Logic of Defeasible Conditionals*, in J. Meyer, R. Wieringa (a cura di), *Deontic Logic in Computer Science. Normative System Specification*, Wiley, Chichester, New York, 1993; J. Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in P. Gaido, R. Sánchez, H. Seleme (a cura di), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 184-185; P. Chiassoni, *La defettibilità nel diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 38, 2, 2008, pp. 471-506; J. Hage, *Reasoning with Rules*, Dordrecht, Kluwer, 1997; N. MacCormick, *Defeasibility in Law and Logic*, in Z. Bankowski et al. (a cura di), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, Dordrecht, 1995; H. Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer, Dordrecht, 1997; J. Rodríguez, *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, in P. Gaido, R. Sánchez, H. Seleme (a

legate alla difficoltà di gestire casi particolari mediante criteri generali (di fondare le decisioni dei casi individuali su prescrizioni giuridiche preventivamente statuite in via generale), derivano principalmente dalle limitazioni intrinseche all'interno della nostra conoscenza dei fatti.

Questa dimensione dell'indeterminazione – come si cercherà di mostrare – assume una rilevanza particolare nel caso delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali che, nella maggior parte dei casi, possiedono un ambito di applicabilità “aperto” e parzialmente imprevedibile.

## *II. Obiettivi principali e struttura del lavoro*

Stabilite queste premesse, gli obiettivi centrali del lavoro consistono nell'evidenziare alcune implicazioni filosofiche ed epistemologiche delle metamorfosi che hanno interessato i processi interpretativi all'interno dello Stato costituzionale contemporaneo, e nel realizzare un'analisi critica, di carattere interdisciplinare, dei fondamenti teorico-filosofici del conflitto e della ponderazione tra diritti fondamentali.

Partendo da un'analisi del contesto storico e culturale dello Stato costituzionale, con particolare riguardo alle “condizioni della costituzionalizzazione” della cultura giuridica, si procede a esplicitare sinteticamente i presupposti metodologici essenziali che orientano la ricerca.

---

cura di), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, cit.

Le considerazioni sviluppate nella sezione successiva costituiscono un tentativo di mostrare come la conflittualità tra diritti rappresenti un dato costitutivo ineliminabile della struttura assiologica plurale che caratterizza la realtà giuridica contemporanea. In estrema sintesi: a causa della loro formulazione generica, astratta, assiologicamente connotata, e per effetto di alcuni elementi ulteriori evidenziati dalla cosiddetta “concezione dinamica” (uno stesso diritto costituzionale può fondare vari ulteriori diritti, facoltà, pretese e obblighi a carico di terzi, secondo modalità non esattamente predeterminabili), le aree del conflitto tra diritti appaiono fortemente indeterminate.

In seguito, si analizzano alcuni modelli di ricostruzione dei tratti strutturali degli ordinamenti costituzionali contemporanei, con l’obiettivo di porre in evidenza le particolari applicazioni che tali teorie comportano in materia d’interpretazione dei diritti fondamentali. Coerentemente con l’impostazione del lavoro, l’indagine presenta un carattere essenzialmente metateorico e s’inserisce nella più ampia ricerca relativa ai fondamenti filosofici del conflitto tra diritti nello Stato costituzionale. Nell’assumere ad oggetto il problema (di carattere nomostatico) della struttura formale del complesso di principi, diritti, valori e interessi che contraddistingue, quanto al contenuto, gli ordinamenti giuridici costituzionali degli Stati costituzionali contemporanei, si seguono parzialmente alcuni suggerimenti metodologici offerti da Bruno Celano, il quale delinea tre ipotesi di ricostruzione razionale, autonoma dal diritto positivo, della “dimensione etica sostantiva”<sup>20</sup> dello Stato costituzionale: a) il modello minimalista, b) il modello “irenista” e c) il modello particolarista. La classificazione

---

<sup>20</sup> Cfr. B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., pp. 125-130.



di Celano è stata ripresa e integrata da Pau Luque Sánchez<sup>21</sup>, con l'aggiunta di un ulteriore modello, quello del "pluralismo dilemmatico", che viene considerato unitamente alla ricostruzione particolarista, dal momento che sul piano metaetico fornisce una rappresentazione parzialmente analoga del problema del conflitto tra diritti. L'elemento di maggiore rilevanza, ai fini dell'indagine, è costituito dalla contrapposizione tra quelle posizioni che concepiscono il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale come governato da pochi valori fondamentali (o addirittura ispirato a un solo valore apicale), intrinsecamente armonici o comunque facilmente componibili, e quelle posizioni che sostengono invece che lo Stato costituzionale incorpori una pluralità conflittuale di valori eterogenei.

Dai risultati della precedente indagine prende le mosse l'analisi sviluppata nel quarto capitolo. L'inevitabilità del bilanciamento si ricollega infatti a un fenomeno altrettanto pervasivo del costituzionalismo contemporaneo, ossia il conflitto tra diritti fondamentali, il quale a sua volta discende dalle stesse caratteristiche con cui vengono generalmente formulati e interpretati nei testi costituzionali. Gli elementi concreti coinvolti nel giudizio di bilanciamento non appaiono predeterminabili con esattezza; il suo stesso esito non sembra poter essere stabilito in via generale e astratta, dipendendo anche, almeno in parte, dalle circostanze del caso specifico. In virtù di queste caratteristiche, un aspetto fondamentale, per qualsiasi teoria del bilanciamento, consiste nella riflessione sul grado di imprevedibilità delle sue conseguenze giuridiche, e in particolar modo sulla rilevanza delle considerazioni di carattere morale o sostantivo negli strumenti interpretativi utilizzati in sede giudiziale.

---

<sup>21</sup> Cfr. P. Luque, *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

Tale problema acquisisce un rilievo speciale all'interno delle teorie elaborate da Robert Alexy e Riccardo Guastini, i quali difendono due approcci distinti, se non addirittura opposti, rispetto ai margini di discrezionalità che tale attività può involgere: da una parte, una teoria prevalentemente normativa dell'argomentazione che, sul fondamento di una concezione della razionalità giuridica come un "caso speciale" di quella pratica, analizza il bilanciamento nei termini di una procedura decisoria basata su regole aritmetiche e dati quantitativi; dall'altra, una teoria giusrealista, scettica e non-cognitivistica, che si prefigge innanzitutto di rappresentare descrittivamente le prassi argomentative dei giudici costituzionali e ordinari. Il proposito del capitolo è appunto quello di analizzare il problema della razionalità del bilanciamento giudiziale tra diritti (o principi) costituzionali all'interno delle teorie dei due autori, al fine di riflettere sul problema dell'esistenza di criteri di correttezza oggettivi con i quali valutare l'attività di bilanciamento. Il tema cruciale che tali teorie pongono in evidenza riguarda la conformità delle argomentazioni giudiziali a un modello di giustificazione intersoggettivamente condivisibile che si conformi al valore della certezza giuridica. Detto in altri termini, l'esame di queste teorie ruota attorno al seguente problema: se i ragionamenti giuridici utilizzati dalle Corti e dai giudici comuni contengano effettivamente almeno un elemento (la premessa) che si configuri come un principio metodologico universalmente accettato dalla comunità giuridica.

Al problema della razionalità della ponderazione si ricollega quello del suo fondamento democratico. L'obiettivo principale, in questa sezione, è quello di individuare le ragioni giustificative del bilanciamento giudiziale, dimostrando la sua conformità ai principi della sovranità popolare e della separazione dei poteri, il suo carattere non già antinomico ma complementare, integrativo, ri-

spetto al circuito democratico-rappresentativo. Parallelamente, s'intende respingere l'accusa, ampiamente diffusa nella letteratura teorico-giuridica, secondo la quale, ricorrendo alla tecnica del bilanciamento, i giudici comuni e i Tribunali costituzionali determinerebbero automaticamente una lesione del diritto dei cittadini ad autogovernarsi.

Il discorso sviluppato finisce necessariamente per involgere alcuni problemi meta-costituzionali, di filosofia politica e teoria della democrazia: in particolare, il ruolo della partecipazione politica e del disaccordo nei processi deliberativi e decisionali, e più in generale il disegno istituzionale complessivo dello Stato costituzionale. Lo scopo delle riflessioni non consiste tuttavia – occorre precisare – nel difendere, in una prospettiva di politica del diritto, l'opportunità o l'utilità del ricorso a tecniche argomentative ponderative da parte dei giudici, quanto piuttosto nel mostrare la necessità che vi sia almeno un soggetto (anche il legislatore, pertanto) deputato a svolgere tale opera di concretizzazione, pur ritenendo che l'assunzione di tale compito da parte del potere giudiziario non sia di per sé incompatibile con una visione sostantiva della democrazia.

La legittimazione democratica degli organi di garanzia può trovare il proprio fondamento, sul piano sostanziale, anche in aspetti legati alla storia sociale e giuridica di un determinato paese come l'accumulazione giurisprudenziale, l'autorevolezza dei precedenti, la trasparenza degli argomenti addotti a sostegno delle pronunce, il consenso sociale sulla Costituzione e sul Tribunale costituzionale quale istanza di riflessione del processo politico, o, ancora, l'attitudine dei consociati ad accettare le operazioni interpretative e giurisprudenziali accreditate nella cultura giuridica di riferimento. Tuttavia, l'analisi intende prescindere da elementi empirici o sociologici. Nel tentativo di elaborare una ricostruzione della legittimazione del bilanciamento giudiziale si assume, come

termine di riferimento, un'accezione sostanziale della nozione di democrazia che includa al proprio interno una serie di principi e valori che rappresentano le precondizioni di una corretta formazione della sovranità popolare.

Nella parte finale del lavoro, l'analisi si concentra sulle cause strutturali dello spazio di configurazione che le dichiarazioni costituzionali dei diritti sono solite lasciare all'evoluzione della società. In questa sezione, s'intende difendere una rappresentazione dell'interpretazione giudiziale in termini di non-univocità e non-oggettività, per decostruire l'assunto in base al quale, nel processo d'interpretazione e applicazione del diritto, il giudice si troverebbe di fronte a "oggetti" indipendenti dalla propria osservazione, e mostrare viceversa come l'interprete faccia necessariamente parte del sistema interpretato. Ci si prefigge altresì di rappresentare in termini probabilistici il processo di concretizzazione del contenuto delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali, a partire dal riconoscimento della limitazione intrinseca che interessa la conoscenza del giudice nella selezione del materiale giuridico. Adottando un approccio "sistemico", che, unitamente agli strumenti della teoria del diritto, consideri anche la rilevanza delle premesse di natura *lato sensu* culturale, la stessa dimensione cooperativa e istituzionale dell'interpretazione giuridica può trovare ulteriori ragioni giustificative in un complesso di principi metademocratici.



## I parte

### Capitolo I. Il contesto storico-culturale della ricerca e i suoi presupposti metodologici

#### I. *Il contesto storico-culturale della ricerca*

##### I.1. *La contrapposizione tra monismo e pluralismo etico*

Nel quinto capitolo de *La società aperta e i suoi nemici* (“Natura e convenzione”) il filosofo ed epistemologo austriaco Karl Raimund Popper difende la tesi che la definitiva accettazione dell’inderivabilità logica di conclusioni direttive a partire da premesse assertive rappresenti il momento centrale di un processo di transizione da una “società chiusa”, primitiva, autoritaria e oppressiva, a una “società aperta”, moderna, dinamica, conflittuale. Il primo modello di società risulta prevalentemente caratterizzato da un’interpretazione “sociale” dei fenomeni naturali, da una visione indifferenziata della natura come parte di un ordine normativo globale; da un atteggiamento di “monismo ingenuo”, che l’autore definisce come lo “stadio nel quale non è ancora avvenuta la distinzione tra leggi naturali e leggi normative”<sup>1</sup>. L’altro sistema di convivenza

---

<sup>1</sup> Nella ricostruzione di Popper, la “società chiusa”, nata da un atteggiamento “mitico-irrazionale” di fronte all’esistente, si regge su di un modello di associazione di stampo collettivista (“tribale”) e teocratico, su valori indiscutibili e norme rigide di comportamento; la “società aperta” scaturisce invece da un atteggiamento “critico-razionale” rispetto alla realtà e si fonda su un modello di organizzazione sociale orientato a difendere gli spazi di libertà e i diritti individuali dei cittadini mediante istituzioni autocorreggibili.

s'identifica invece con la fase del "convenzionalismo critico", del "dualismo di fatti e decisioni", dell'emancipazione della legge di causalità dalla superstizione animistica, della separazione di ambiente naturale e sociale, relazioni biologiche e normative: il momento della «differenziazione cosciente fra le leggi normative imposte dall'uomo, basate su decisioni e convenzioni, e le regolarità naturali che vanno al di là dei poteri umani»<sup>2</sup>.

[L]e norme e le leggi normative – osserva Popper – possono essere fatte e cambiate dall'uomo, più precisamente ad opera di una decisione o convenzione di osservarle o di modificarle [...]. La natura consiste di fatti e di regolarità e non è in se stessa né morale né immorale. Siamo noi che imponiamo i nostri standard alla natura e che, in questo modo, introduciamo la morale nel mondo della natura<sup>3</sup>.

Il sottinteso ontologico di questa metamorfosi ipotetica risiede dunque nella divaricazione tra il mondo dell'agire (*agere*) e quello del fare (*facere*), fra ciò che esiste "per natura" (*phusei*) e ciò che esiste "per legge" (*nomos*) o convenzione. Si può considerare autenticamente "emancipata" solo quella società che abbia definitivamente compreso che il mondo spirituale dei valori culturali e delle azioni umane è regolato da leggi multiformi, irriducibili all'universo dei processi naturali.

La riflessione popperiana sull'antinomia fondamentale che soggiace alla tesi divisionistica si basa sulla tesi che l'etica antica, globalmente considerata, assume il conflitto come un fenomeno patologico all'interno di un percorso destina-

---

Le tesi popperiane presentano diversi elementi di affinità con le argomentazioni sviluppate da Kelsen in uno scritto dello stesso periodo (cfr. H. Kelsen, *Società e natura: ricerca sociologica* [1943], tr. it., Einaudi, Torino, 1992).

<sup>2</sup> K. Popper, *Platone totalitario* [1945], vol. I, in Id., *La società aperta e i suoi nemici*, tr. it., 2 voll., Armando, Roma, 2002-2003, p. 86.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 88.

to a sfociare nell'armonia, mentre nell'etica moderna la molteplicità e l'eterogeneità delle concezioni del bene siano concepite, prevalentemente, come un (meta-)valore essenziale per un corretto funzionamento della società.

## *I.2. Pluralismo dei valori e costituzionalismo contemporaneo*

La contrapposizione tra una concezione dei valori come intrinsecamente armonici o confliggenti – occorre precisare – non riposa su dati empirico-sociologici, né su opzioni meramente normative o su elementi di carattere conoscitivo, quanto piuttosto su assunti metaetici, analitico-concettuali.

Ora, una lettura olistica del complesso dei diritti, principi, beni, interessi, degli ordinamenti costituzionali degli odierni Stati liberaldemocratici evidenzia una pluralità irriducibile di valori potenzialmente conflittuali, incommensurabili, incompatibili.

Osserva in proposito Giorgio Pino:

[l]e Costituzioni contemporanee infatti: a) sono frutto di compromessi tra forze politiche diverse ed esprimono visioni diverse della società; b) assumono il pluralismo (la diversità delle concezioni del bene, della vita buona, della libertà, dei rapporti sociali) non solo come un dato di fatto ma anche come un valore da preservare, e forse l'unico (meta-)valore più importante di tutti gli altri; c) devono applicarsi, potenzialmente, a tutta la società: una Costituzione è, quasi alla lettera, un progetto organico di fondazione di un ordine sociale; d) sono pensate per durare a lungo<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 397-398. Sul carattere pluralista delle Costituzioni contemporanee, oltre allo studio di Pino, si vedano: A. Pérez Luño, «Apéndice I: Derechos humanos y constitucionalismo: situación actual y perspectivas para el siglo XXI», in *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010; Id., *Nuevos retos Del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Alcalá



I contenuti delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali, nella maggior parte dei casi, presentano una struttura pluralista, essendo il prodotto di un processo di negoziazione che aspira a raggiungere la (potenziale) coesistenza tra una molteplicità di valori etico-politici appartenenti a diverse tradizioni ideologiche.

Analogamente, scrive Luis Prieto Sanchís:

las Constituciones suelen estimular las medidas de igualdad sustancial, pero garantizan también la igualdad jurídica o formal, y es absolutamente evidente que toda política orientada en favor de la primera ha de tropezar con el obstáculo que supone la segunda; se proclama la libertad de expresión, pero también el derecho al honor, y es, asimismo, obvio que pueden entrar en conflicto; la cláusula del Estado social, que comprende distintas directrices de actuación pública, necesariamente ha de interferir con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad o con la autonomía de la voluntad y, desde luego, ha de interferir siempre con las antiguamente indiscutibles prerrogativas del legislador para diseñar la política social y económica. Y así sucesivamente; tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria<sup>5</sup>.

Da uno sguardo complessivo alla pratica dell'interpretazione e dell'applicazione dei diritti da parte delle giurisprudenze costituzionali e ordi-

---

de Henares, 2010; G. Postema, *In Defense of «French Nonsense». Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MacCormick, Z. Bankowski (a cura di), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1989; F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, cit.; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 86; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 16, 170-173. Parla dello Stato costituzionale come di “un laboratorio per l’etica normativa”, M. Barberis, *Stato costituzionale*, Mucchi, Modena, 2012, pp. 51-72.

<sup>5</sup> L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in «Afduum», 5, 2001, p. 209.

narie emerge la conflittualità costitutiva dei valori sociali, politici e morali che i testi costituzionali incorporano<sup>6</sup>.

I disaccordi che si vengono a creare, il più delle volte, rispondono a ragioni profonde, legate alla struttura dei principi e diritti incorporati, spesso dotati di fondamenti assiologici eterogenei e conflittuali. Compito primario dei poteri pubblici, pertanto, è quello di ricondurre il sistema giuridico a un quadro più o meno coerente, mediante bilanciamenti, commisurazioni e determinazioni. Che sia poi il giudice o il legislatore a doversi occupare di concretizzare e applicare il contenuto di tali disposizioni, questo rappresenta un problema di carattere etico-normativo, estraneo ai confini della presente ricerca. Quanto preme rilevare in questa sede è semplicemente la necessità indefettibile di tale opera di determinazione.

Una delle principali funzioni del diritto, in quanto sistema dinamico che regola la propria produzione mediante l'istituzione di poteri normativi, consiste nel dirimere i conflitti tra gli interessi che si determinano all'interno della società, mediante l'adozione autoritativa di decisioni vincolanti. Condizione necessaria per l'attuazione di qualsiasi diritto fondamentale, in particolare, è l'istituzione di poteri normativi, di produzione, eliminazione e applicazione di norme.

---

<sup>6</sup> Per un'introduzione al tema dell'interpretazione dei diritti fondamentali, si vedano ad esempio: R. De Asís, *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 177-182; G. Peces-Barba Martínez, "Interpretación de los derechos", in *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 569-586; A. Pérez-Luño, "La interpretación de los derechos", in *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 290-322; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010.

I diritti, valori e principi etici che informano il contenuto dei testi costituzionali delle odierne democrazie liberali presentano un nesso globale interno, che emerge tanto nelle loro relazioni di incompatibilità quanto nelle loro relazioni di coordinazione sinergica. In particolare, come si mostrerà nel corso della ricerca, nessun diritto fondamentale può mai considerarsi illimitato e autonomo. Questo significa innanzitutto che nessuna pretesa giuridicamente protetta da un diritto costituzionale può dirsi del tutto sicura di trovare applicazione. La possibilità che un'esigenza costituzionalmente riconosciuta si trovi poi a essere frustrata, può provenire dalla presenza di altri diritti fondamentali o di altri beni costituzionalmente protetti, i quali possono essere esplicitamente riconosciuti nel testo costituzionale o derivare da esso indirettamente, o addirittura da disposizioni legali o contrattuali.

Le disposizioni attributive di diritti fondamentali contengono spesso clausole aperte o standard nei quali compaiono concetti etici spessi, emotivamente e assiologicamente connotati. Sembra pertanto potersi affermare che solo a un livello relativamente astratto e generico di formulazione dei principi e dei valori sia possibile ottenere un accordo, inevitabilmente incompleto e provvisorio, tra soggetti portatori di diverse concezioni sostantive del bene<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Per un'esposizione dei diversi tipi di indeterminazione del testo costituzionale, cfr. V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 19-36; J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; C. Nino, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 89-97.

Particolarmente rilevante è poi l'apporto fornito dalla corrente dei *Critical Legal Studies* che, soprattutto negli anni Settanta e Ottanta, focalizza la propria attenzione sul tema dell'interpretazione costituzionale, intesa come un'attività strategica la cui funzione principale consisterebbe nel razionalizzare le decisioni politico-ideologiche dei giudici (si veda, su tutti, K. Kress, *Legal Indeterminacy*, in «California Law Review», 77, 2, 1989, pp. 283-337).

Con frequenza, l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni attributive di diritti fondamentali richiedono il ricorso diretto a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali. L'art. 2 della Costituzione italiana si può considerare emblematico, al riguardo. Questo articolo, che rientra nei "Principi Fondamentali", fa riferimento a doveri inderogabili e diritti inviolabili, affermando che questi ultimi sono dallo Stato semplicemente riconosciuti. Al legislatore spetterà pertanto tracciare il bilanciamento, che la Corte, qualora sia investita della questione, verificherà, riconfigurando eventualmente l'equilibrio provvisoriamente raggiunto. La giurisprudenza costituzionale ha inoltre precisato che la discrezionalità del legislatore «non ha carattere assoluto e trova un limite nel [...] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»<sup>8</sup>.

La Costituzione italiana – si legge in una sentenza della Corte – come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un *continuo e vivace bilanciamento tra principi e diritti fondamentali*, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di *equilibrio*, proprio perché *dinamico* e non prefissato in anticipo, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme, e dal giudice delle leggi in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale<sup>9</sup>.

Sugli orientamenti interpretativi relativi al perimetro dei rapporti tra giudice e legislatore non è opportuno soffermarsi ora; per il momento, preme piuttosto rilevare che, come esemplifica la prima parte dell'art. 2 Cost. it., le Costituzioni contemporanee, di solito, contengono disposizioni che tendono a essere fraseggiate in termini fortemente indeterminati e valutativi ("diritti inviolabili", "per-

---

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost. it., sent. 26/02/2010, n. 80.

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost. it., sent. 09/02/2015, n. 6, corsivo mio.

sonalità", "solidarietà politica, economica e sociale", per limitarci all'articolo in questione)<sup>10</sup>.

Osserva in proposito Robert Alexy: «[i]l problema dell'esistenza di margini discrezionali epistemici emerge quando è incerta la conoscenza di ciò che è obbligatorio, vietato o posto come libero sulla base dei diritti fondamentali»<sup>11</sup>. Le disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali richiedono generalmente di essere variamente specificate, concretizzate, armonizzate e bilanciate tra loro, ed eventualmente anche rispetto ad esigenze di altro tipo. Tali operazioni di interpretazione, specificazione e integrazione svolte in sede giurisdizionale e legislativa contribuiscono a complicare notevolmente il quadro, ampliando le ipotesi di limitazioni che i diritti possono patire, per effetto della competitività non solo con altri diritti fondamentali, ma anche con esigenze eterogenee quali interessi pubblici e collettivi, principi e beni costituzionali. Infine, diversi strumenti sovranazionali o internazionali (dichiarazioni, trattati, ecc.), unitamente alle operazioni argomentative dei giuristi, contribuiscono in misura crescente all'incorporazione, negli ordinamenti giuridici delle odierne democrazie liberali, di valori etici plurali e competitivi.

### *I.3. Il contesto storico-culturale dello Stato costituzionale*

#### *I.3.1. Dallo Stato legislativo ottocentesco allo Stato costituzionale di diritto*

---

<sup>10</sup> Altri esempi emblematici: "pari dignità sociale", "libertà", "eguaglianza", "ostacoli di ordine economico e sociale", "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3), "ragioni politiche" (art. 16), "buon costume" (artt. 19 e 21), "manifestare liberamente il proprio pensiero" (art. 21), "trattamenti contrari al senso di umanità" (art. 27), "società naturale", "eguaglianza morale" (art. 29), "salute", "rispetto della persona umana" (art. 32), "esistenza libera e dignitosa" (art. 36), "utilità sociale", "sicurezza", "libertà", "dignità umana" (art. 41).

<sup>11</sup> R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* [1994], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 645-646.

Fino agli inizi del XX secolo, le Costituzioni europee, sebbene su un piano formale rappresentassero l'elemento apicale nella gerarchia dell'ordinamento, erano ancora norme dal contenuto istituzionale e procedurale, che regolavano la struttura, le competenze e il funzionamento delle istituzioni essenziali dello Stato, ed erano quasi prive di contenuti sostantivi che determinassero i limiti dei poteri pubblici. La legge, in precedenza, si presentava prevalentemente come un atto normativo finalizzato a risolvere, nella maniera più rigorosa possibile, i problemi di coordinazione tra i distinti interessi dei consociati; l'obiettivo principale era quello di assicurare la certezza dei rapporti intersoggettivi e la prevedibilità delle conseguenze delle condotte dei consociati<sup>12</sup>.

Mentre lo Stato legislativo di diritto, quantomeno al livello dell'attività legislativa, presentava un carattere essenzialmente dinamico, la Costituzione dello Stato costituzionale di diritto contiene non solo le procedure della produzione normativa, ma anche i suoi limiti sostanziali. Nella prassi interpretativa dei giuristi e degli operatori del diritto, emerge in maniera dirompente la supremazia strutturale, materiale e assiologica del testo costituzionale rispetto alle altre fonti del diritto. Se in precedenza le Costituzioni disponevano di un contenuto essenzialmente istituzionale e procedurale, limitandosi a disegnare la struttura giuridico-politica fondamentale dello Stato, a partire dalla seconda metà del Novecento, e in forma più marcata negli ultimi decenni, i testi costituzionali hanno subito un cambiamento notevole che ha inciso profondamente sulla pratica dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto.

Dopo la seconda guerra mondiale, gli orrori dei totalitarismi e dei campi di sterminio, hanno cominciato a diffondersi in Occidente (in Europa, in particola-

---

<sup>12</sup> Per una sintetica, ma incisiva ricostruzione del paradigma dello stato legislativo ottocentesco, cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* [1961], Giappichelli, Torino, 1996, parte II.

re), sul modello della Costituzione federale statunitense, alcune Costituzioni rigide, più o meno “lunghe”, contenenti *Bill of rights* che arrivano a includere, nella maggior parte dei casi, anche diritti socio-economici e delle generazioni successive; cataloghi di diritti che prevedono varie forme di controllo di costituzionalità, dal *judicial review* al controllo accentrato, fino al ricorso diretto o *amparo*.

Indipendentemente dalle tecniche specifiche adottate per garantirne la superiorità, un modello simile di ordinamento giuridico si fonda su un livello giuridico-positivo e assiologico superiore rispetto alla legislazione ordinaria. La fonte suprema del diritto, dal punto di vista delle gerarchie materiali e assiologiche, non è più la sovranità parlamentare, sottoposta ora a vincoli giuridici e materiali, ma la Costituzione, che assurge a indirizzo fondamentale dei valori etico-politici della società. All’attività legislativa, parallelamente, sono demandati compiti di attuazione, sviluppo e applicazione della Costituzione. Il nuovo modello di Costituzione non contiene più solo le regole formali e procedurali che disciplinano la produzione normativa, ma include altresì i principi che la produzione normativa stessa deve attuare, o quantomeno non violare.

### I.3.2. Interpretazione legislativa e interpretazione costituzionale

È ampiamente dibattuto, in dottrina, il problema se l’interpretazione costituzionale imponga, o comunque richieda, tecniche di interpretazione peculiari rispetto all’interpretazione della legge<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> La tesi negativa è sostenuta in particolare da: L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 221-222; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 330-347; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2001, pp. 35-62.

Ora, occorre innanzitutto precisare che l'inclusione di principi e valori etici non rappresenta una caratteristica esclusiva delle disposizioni costituzionali degli odierni Stati costituzionali di diritto, potendosi riscontrare anche in disposizioni di diversa fonte (ad es., disposizioni codicistiche, clausole aperte, cause di giustificazione, ecc.). Questi aspetti sono presenti, in certa misura, nella normazione infra-costituzionale: la presenza di una dimensione sostantiva nella formulazione linguistica delle norme si può talvolta rinvenire anche nelle disposizioni di rango inferiore. Anche a livello legislativo è poi possibile imbattersi in conflitti tra norme non risolvibili in base ai tradizionali criteri di soluzione delle antinomie, in disposizioni formulate ricorrendo a termini assiologicamente connotati o che rinviino a criteri extragiuridici di risoluzione. Standard etici affini alle clausole rilevanti del testo costituzionale si possono trovare, ad esempio, in alcune disposizioni del Codice Civile spagnolo (l'art 7.1) o di quello italiano (l'art. 1.147) relative alla presunzione di buona fede; nell'art. 1.206 del Codice Civile argentino, che stabilisce il carattere non vincolante dei contratti che risultino "immorali"; o, ancora, nell'art. 2043 del Codice civile italiano (la nozione di "danno ingiusto"), o in alcune clausole di giustificazione del diritto penale: l'identificazione del contenuto di queste disposizioni e la loro applicazione impongono il ricorso, in certa misura, ad argomenti o ragionamenti morali.

Parimenti, gli ordinamenti giuridici degli odierni Stati costituzionali dispongono, anche all'interno della sfera costituzionale, di una dimensione giuridica

---

Viceversa, la tesi affermativa si può rinvenire in: T. Mazzaresse, *Interpretazione della Costituzione. Quali pregiudizi ideologici?*, in «Ars Interpretandi», 2008, vol. XIII, pp. 213-238; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 217-220; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 263 ss.



(non unicamente una dimensione sostantiva), essenzialmente costituita dalle regole formali e procedurali che disciplinano la produzione normativa, la quale non richiede il ricorso esplicito ad argomenti morali. È per lo stesso motivo che, per quanto attiene alla transizione dallo Stato legislativo di diritto allo Stato costituzionale, risulta maggiormente adeguata una tesi moderatamente continuista che evidenzi gli elementi di novità senza scomodare la teoria kuhniana dei cambiamenti di paradigma.

La peculiarità dei testi costituzionali del secondo dopoguerra risiede piuttosto nella maggiore intensità e frequenza delle difficoltà interpretative relative alla corretta individuazione delle disposizioni eticamente connotate. L'interpretazione costituzionale, e più in particolare il ragionamento giuridico sui diritti fondamentali, si caratterizza per la frequente presenza di casi difficili (*hard cases*), lacune, antinomie normative, ecc., la cui soluzione impone (o suggerisce) spesso all'interprete di liberarsi dai tecnicismi tipici dell'interpretazione giuridica di rango infracostituzionale<sup>14</sup>, per fare invece ricorso a tecniche peculiari quali la proporzionalità o il bilanciamento, a strumenti equitativi o di ragionevolezza pratica.

L'orientamento che individua una differenza di carattere quantitativo, graduale, tra interpretazione legislativa e interpretazione costituzionale, trova una radicalizzazione nella posizione di Riccardo Guastini, il quale, al fine di negare l'assunto che l'interpretazione costituzionale presenti la specificità di rinviare a valori etico-politici, afferma che «è abbastanza ovvio che anche le leggi – tutte le

---

<sup>14</sup> Cfr., in particolare, F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, in «UCLA Law Review», 29, 1982, pp. 797-832; R. Dworkin, *Freedom's law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1996.

leggi – incorporano valori, o comunque li sottendono»<sup>15</sup>. Questa tesi, tuttavia, finisce per trascurare un elemento effettivamente peculiare della formulazione linguistica delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali: esse non si limitano a presupporre valori, ma piuttosto li proclamano espressamente all'interno di un documento giuridico. Mentre le norme giuridiche di rango infracostituzionale sono formulate con l'obiettivo di occultare le valutazioni etico-politiche che ne hanno giustificato l'adozione<sup>16</sup>, le disposizioni costituzionali formulano al proprio interno la *ratio* sottostante, positivizzano o dichiarano i valori che ambiscono a tutelare, risentendo di tutta la carica di indeterminazione che tali opzioni valutative si portano dietro.

### I.3.3. *Costituzionalizzazione della cultura giuridica e neocostituzionalismo metodologico*

La rilevanza che l'interpretazione giuridica acquisisce nel costituzionalismo contemporaneo non dipende, naturalmente, dalla mera formulazione di una Costituzione rigida, protetta o garantita contro la legislazione ordinaria, essendo necessario un più ampio processo culturale che investa la cultura giuridica. La presenza di un testo costituzionale dotato di determinate caratteristiche rappresenta una *condicio sine qua non*, in questo senso. Per descrivere il complesso di trasformazioni che hanno interessato la struttura normativa e la produzione del diritto all'interno dello Stato costituzionale, Guastini ha individuato un in-

---

<sup>15</sup> R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 269.

<sup>16</sup> Cfr. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1990 (le norme come "*exclusionary reasons*"); F. Schauer, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* [1991], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2000.

sieme di sette elementi che contraddistinguono il fenomeno della “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico, ossia «un processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale esso risulta totalmente “impregnato” dalle norme costituzionali»<sup>17</sup>. Con tale nozione – occorre precisare – si fa riferimento a una proprietà graduale, nel senso che si può parlare di ordinamenti con un maggiore o minore grado di costituzionalizzazione nella misura in cui sia presente un numero maggiore o minore delle condizioni segnalate o che esse si manifestino con maggiore o minore intensità. Si tratta inoltre di una lista che non può considerarsi chiusa e, infine, i primi due elementi sono condizioni necessarie, in assenza delle quali non si potrà parlare di cultura giuridica costituzionalizzata. Tali condizioni sono le seguenti:

1) Una Costituzione rigida, protetta rispetto alla legislazione ordinaria, che preveda un procedimento aggravato di riforma costituzionale.

2) La garanzia giurisdizionale della Costituzione o sindacato giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi. Si tratta di un meccanismo di protezione di fronte alla vulnerazione dei precetti costituzionali, di controllo della costituzionalità, che può assumere, a seconda delle situazioni, forme distinte: può essere a priori (prima dell’entrata in vigore della legge) o a posteriori (una volta che la legge sia entrata in vigore); in concreto (esercitato da ogni giudice nell’ambito delle sue competenze – si parlerà in questo caso di “controllo diffuso” –) o in astratto (esercitato da un organo centralizzato, ad esempio un Tribunale Costituzionale – il “controllo concentrato” –); può avere poi effetti solo per il caso concreto o, al contrario, effetti *erga omnes*, per tutti i poteri pubblici. Il modello di controllo di costituzionalità di ogni ordinamento concreto consiste in una combinazione di queste caratteristiche, sebbene non tutte le combinazioni siano possibili. La Costituzione è garantita non solo in senso formale della sua rigidità, ma anche nel senso che il resto delle leggi promulgate dai differenti organi legislativi non violino alcun precetto costituzionale. A tal fine, generalmente, gli ordinamenti giuridici degli Stati costituzionali contemporanei prevedono un organo

---

<sup>17</sup> R. Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1990, p. 185.

giurisdizionale che eserciti tale lavoro di garanzia e la cui decisione costituisca l'interpretazione ultima della Costituzione, nel senso che tali tribunali hanno l'ultima parola per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni costituzionali.

3) La forza vincolante della Costituzione, che non può più essere vista come una semplice proclamazione politica o come una dichiarazione programmatica, rappresentando una fonte di norme giuridiche vincolanti, superiore rispetto al resto dell'ordinamento. Perché si dia questa condizione, tale carattere vincolante deve essere esteso alla totalità dei suoi contenuti; non solo alle norme di contenuto istituzionale o procedurale, ma anche alle norme sostantive che riconoscono diritti, principi e beni costituzionali attraverso un fenomeno di irradiazione.

4) La "sovrainterpretazione" del testo costituzionale (interpretazione estensiva o iperinterpretazione, *Ausstrahlungswirkung*). Ogni Costituzione, per quanto possa essere estesa, contiene "lacune", non potendo regolare l'intera vita sociale e politica. Con questa condizione si fa riferimento alla tendenza, all'interno della cultura giuridica, a estendere la Costituzione al di là dei limiti letterali del testo (ad esempio, identificando principi e valori impliciti) come se fosse uno strumento che regola la vita sociale e politica nella sua totalità. Diviene così possibile assoggettare le disposizioni costituzionali a, in modo tale da trarne una pluralità di norme implicite.

5) L'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici costituzionali e comuni (*Drittwirkung*). Non appare necessario alcuno sviluppo legislativo previo per applicare i precetti costituzionali. Le norme costituzionali sono considerate idonee a regolare anche rapporti tra privati (e non solo tra privati e lo Stato, o tra organi dello Stato), e quindi possono essere legittimamente invocate anche in controversie giuridiche tra privati e applicate da parte dei giudici comuni.

6) L'interpretazione conforme delle leggi (*Verfassungskonforme Auslegung*): se una determinata disposizione normativa di rango legislativo è suscettibile di diverse interpretazioni, ma solo alcune di esse sono compatibili con la Costituzione, si opterà per l'interpretazione conforme al testo costituzionale; se, nonostante un'interpretazione letterale la disposizione legale sia contraria alla Costituzione, si presenta la possibilità di un'interpretazione adeguatrice che la renda compatibile con essa, si opterà per quest'ultima. Si tratta in altri termini del tentativo di disciplinare in sede giudiziaria, ricavando dal testo costituzionale norme non espressamente previste, l'intero spazio giuridico infra-costituzionale. Per effetto di questa metamorfosi, non rimane alcuna decisione meramente politica di esclusiva appartenenza del legislatore, che non sia suscettibile del controllo giurisdizionale di costituzionalità.

7) L'influenza della Costituzione sulle relazioni politiche. Con quest'ultima condizione, l'autore si riferisce a una serie di fattori che hanno in comune l'utilizzo della Costituzione per la giustificazione di decisioni politiche o per la risoluzione di controversie di natura più politica che giuridica.

Nella realtà empirica delle varie organizzazioni gius-politiche, naturalmente, tali condizioni si presentano come variamente compresenti e intrecciate. La congiunzione di questi elementi può però costituire il terreno per lavorare su una rappresentazione idealtipica dello Stato costituzionale, in quanto modello concettuale unitario che si caratterizza per la presenza di alcuni elementi strutturali<sup>18</sup>.

Per effetto delle evoluzioni delineate, tra la Costituzione e il resto dell'ordinamento giuridico si dà una tendenziale compenetrazione. La legge è ora sottoposta a una continua verifica di compatibilità e a un continuo adeguamento rispetto ai principi costituzionali, che s'irradiano sul resto dell'ordinamento giuridico. Caratteristica saliente di una cultura giuridica costituzionalizzata è che l'ordinamento infracostituzionale si vede impregnato o permeato dalle norme di rango costituzionale. Parallelamente, si determina uno spostamento del potere di produzione normativa a favore degli organi dell'applicazione.

---

<sup>18</sup> «Il concetto tipico-ideale – scrive Max Weber – serve a orientare il giudizio di imputazione nel corso della ricerca: esso non costituisce un'“ipotesi”, ma intende orientare la costruzione di ipotesi. Esso non è una rappresentazione del reale, ma intende fornire alla rappresentazione strumenti precisi di espressione. [...] Esso è ottenuto attraverso l'accentuazione unilaterale di uno o di alcuni punti di vista, e attraverso la riunione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggiore e là in minore misura, e talvolta anche assenti – che corrispondono a quei punti di vista unilateralmente sottolineati – in un quadro concettuale in sé unitario. Considerato nella sua purezza concettuale, questo quadro non può mai essere rintracciato empiricamente nella realtà» (M. Weber, *L'“oggettività” conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* [1904], tr. it., in Id., *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Torino, 2001, p. 187).

Ora, un problema controverso è costituito dalla relazione logica tra questi mutamenti e quel complesso variegato di tesi filosofico-giuridiche sulla natura del diritto (il rifiuto del positivismo giuridico, l'enfasi sulla connessione necessaria tra diritto e morale, il primato del punto di vista interno, la qualificazione del diritto come "pratica sociale" interpretativa e argomentativa, l'idea dell'unica risposta corretta, ecc.) che, nella proposta di Comanducci, andrebbero a formare un comune orientamento denominato 'neocostituzionalismo metodologico'<sup>19</sup>.

Occorre innanzitutto rilevare un primo aspetto problematico di questa classificazione: gli autori che sostengono le tesi filosofico-giuridiche caratteristiche di tale approccio tendono invece a considerarsi "anti-positivisti", "post-positivisti" o "non-positivisti"<sup>20</sup>. Inoltre – ed è questo il punto più rilevante – gli assunti costitutivi del neocostituzionalismo metodologico non presentano alcun nesso lo-

---

<sup>19</sup> Cfr. P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002. La nozione di neocostituzionalismo metodologico si fonda sulla tripartizione del giuspositivismo (teorico, ideologico e metodologico) elaborata da N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1977.

Per alcune trattazioni generali dell'orientamento "neocostituzionalista", cfr. G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005; M. Barberis, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 147-162; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; Ead., *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in «Doxa», 21, 2, 1998, pp. 339-353; Ead., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2008, pp. 405-417; T. Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 8-9; A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 3, 2003, pp. 37-49; D. Patterson, "Postmodernism", in Id. (a cura di), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Cambridge (Massachusetts), 1996.

<sup>20</sup> Cfr. ad es. R. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, in «Ratio Juris», 21, 3, 2008, pp. 281-299; Id., *The Dual Nature of Law*, in «Ratio Juris», 23, 2, 2010, pp. 167-182.

gico necessario con la presenza di una Costituzione scritta, lunga, rigida e garantita all'interno di un ordinamento giuridico<sup>21</sup>.

In una cultura giuridica sostanzialista, assumono una rilevanza centrale i criteri di identificazione e interpretazione del diritto<sup>22</sup>. Le disposizioni costituzionali, principalmente a causa della loro formulazione linguistica e delle prassi interpretative dominanti, hanno prodotto importanti effetti nell'ambito della giurisdizione ordinaria, al punto che non esiste controversia giudiziaria che non presenti, in qualche misura, un rilievo costituzionale. In questo contesto, ogni diritto viene a trovare potenziali limitazioni in altri diritti, principi, valori, interessi, beni; «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali», in cui «qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti»<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Si tratta di un rilievo di Giorgio Pino (*Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 56, 1, 2011, p. 971), il quale ricorda che Susanna Pozzolo (a cui si deve la maternità del termine 'neocostituzionalismo') in *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico* (cit., pp. 126-127), individua dieci tesi "neocostituzionaliste", nessuna delle quali è connessa alla presenza di una Costituzione lunga, rigida e garantita; e che, d'altra parte, M. Atienza (*El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309), individua dodici tesi costitutive del "paradigma costituzionalista" (che diventano quattordici in Id., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 55-56), delle quali solo due rimandano alla presenza della Costituzione (la riformulazione in senso sostanziale della validità e l'interpretazione adeguatrice).

<sup>22</sup> Si vedano, per tutti: R. Dworkin, *Law's Empire*, cit.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Giappichelli, Torino, 1992, spec. cap. VII; M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, cit.

<sup>23</sup> R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 70.

Il concorrere di questi fattori ha modificato profondamente la percezione comune del diritto, determinando inoltre cambiamenti notevoli nelle tecniche interpretative e argomentative normalmente utilizzate in sede giudiziaria. Viene a mutare, in questo contesto, lo stesso statuto della validità giuridica, con l'introduzione di limiti giuridici materiali che possono incidere sulla produzione giuridica di ogni livello. Si diffonde, nella comunità degli interpreti, l'idea che il diritto non possa essere esaurito nell'insieme delle decisioni formalmente corrette adottate da un'autorità politica, ma includa anche, necessariamente, una dimensione materiale, sostanziale, che lo lega inscindibilmente alla giustizia.

## II. *I presupposti metodologici essenziali della ricerca*

### II.1. *La distinzione debole tra regole e principi*

All'interno del dibattito teorico sulla natura dei principi, si possono individuare, in sede di ricostruzione analitica, una famiglia di orientamenti che affermano l'esistenza di una distinzione forte (dicotomica, qualitativa, ontologica, categoriale, strutturale) tra regole e principi; una famiglia di orientamenti che affermano l'esistenza di una distinzione debole (quantitativa, graduale, relazionale), e infine alcune teorie intermedie<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Per quanto attiene al presente lavoro, può essere sufficiente ripercorrere sinteticamente i tratti essenziali delle prime due famiglie di teorie. Per una ricognizione sintetica, il riferimento è G. Pino, *Principi e argomentazione giuridica*, in «Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 2009, pp. 131-158; Id., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*,



Le teorie della distinzione forte, generalmente difese da autori di orientamento anti-positivista, si basano sull'idea che esistano determinate caratteristiche costantemente esibite dai principi, e non anche dalle regole, e che pertanto tali caratteristiche siano condizioni sufficienti per operare una distinzione categoriale<sup>25</sup>. Tra le caratteristiche principali ritroviamo: la genericità e l'indeterminatezza della fattispecie, e soprattutto delle conseguenze giuridiche associate alla fattispecie; l'apertura a eccezioni implicite (defettibilità); la considerazione del fattore del "peso" o della "importanza" in sede di applicazione.

Le teorie della distinzione debole, viceversa, si basano sull'assunto che tutte le norme possiedono in qualche misura almeno alcune caratteristiche comuni. Le caratteristiche distintive individuate dalle teorie della distinzione forte non appaiono sempre presenti nei principi, e d'altra parte possono rinvenirsi anche nelle regole. L'elemento che differenzia regole e principi è il grado in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi. Anche le regole sono suscettibili di valutazioni ponderative che possono involgere forme di argomentazione di carattere sostantivo<sup>26</sup>. La qualificazione di una norma come

---

in «Diritto & Questioni pubbliche», 11, 2011, pp. 75-110.

<sup>25</sup> Cfr. R. Dworkin, «Il modello delle regole (I)»; «III. Il modello delle regole (II)» [1969], in *I diritti presi sul serio*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 2010; R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* [1985], tr. it., Bologna, Il Mulino, 2012, cap. III; Id., *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 13, 2000, pp. 294-304; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap. VI; Id., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, cap. VI; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I; L. Alexander, K. Kress, *Against Legal Principles*, in «Iowa Law Review», 82, 1997, pp. 739-786; D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, spec. pp. 81-84; L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules*, cit., cap. VIII.

<sup>26</sup> Cfr. ad es. J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in «Yale Law Journal», 81, 1972, pp. 823-854; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, cap. VII; W. Twining, D. Miers, *Come far cose con regole* [1982], tr. it., Giuffrè, Milano, 1990,

regola o come principio dipenderà, in questa prospettiva, da operazioni interpretative inevitabilmente particolaristiche, sebbene non necessariamente arbitrarie.

La ragione principale per cui nel corso del lavoro, come si è in parte già anticipato, si assumerà una prospettiva graduale e relazionale in materia, consiste nel fatto che le teorie della distinzione forte tendono a restituire un'immagine irrealistica delle regole, rappresentandole artificiosamente come indefettibili ed estranee a considerazioni di "peso" o ad argomenti di carattere sostantivo<sup>27</sup>. La differenza tra diritti attribuiti da regole e diritti attribuiti da principi sembra più che altro di carattere quantitativo; essa attiene in particolar modo al loro grado di genericità e di indeterminatezza: i diritti basati su regole potranno, nella maggior parte dei casi, essere applicati con operazioni di tipo sussuntivo senza particolari complicazioni interpretative, mentre i diritti basati su principi, non essendo stabilito precisamente in che modo dovranno essere realizzati, saranno spesso soggetti ad operazioni di bilanciamento e specificazione, e saranno altre-

---

pp. 180-183; H. Hart, *Postscript* [1994], in Id., *The Concept of Law*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1961; J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in P. Comanducci, R. Guastini, *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 79-118; P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* (1997), tr. it., in Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 81-95; L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, cap. II; K. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in «Harvard Law Review», 106, 1992, pp. 22-123 (spec. pp. 57-62); G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 300-312. La versione più radicale di questo approccio arriva a identificare regole e principi: cfr. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2010, pp. 2771-2816.

<sup>27</sup> Si vedano, al riguardo, le considerazioni (relative all'approccio dworkiniano) di T. Endicott, *Three Puzzles about Legal Rules*, in P. Chiassoni (a cura di), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 65-82; B. Celano, *Principi, regole, autorità*, in «Europa e diritto privato», 3, 2006, pp. 1061-1086 (a proposito di Atienza e Ruiz Manero); A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 141-143 (su Alexy).

sì idonei a giustificare a loro volta ulteriori diritti, basati su principi più specifici o su regole.

I principi, di solito, proclamano un fine etico-politico (l'uguaglianza, la giustizia sociale, la libertà di manifestazione del pensiero o di stampa, ecc.), senza stabilire precisamente in che modo esso dovrà essere realizzato. Le frequenti ipotesi di collisione che si verificano non sono pertanto esattamente predeterminabili, a causa della frequente indeterminatezza degli effetti giuridici e del campo di applicazione dei principi stessi<sup>28</sup>. Di contro, le regole possono anche incorporare esplicitamente, all'interno della loro formulazione, il riferimento ad un sostrato etico-politico; possono essere affette da vaghezza o indeterminatezza, soggette a considerazioni di peso o disapplicate, qualora si rendano difettibili a causa del verificarsi di eccezioni implicite; possono altresì presentare una fattispecie relativamente generica.

Per quanto attiene ai fini della presente ricerca, in particolare, occorre rilevare che tanto i principi quanto le norme, seppur con differenti gradi d'intensità e con una diversa frequenza, potranno essere affette da (a) vaghezza e (b) controvertibilità, e presentare altresì una (c) *open texture*<sup>29</sup>. La loro formulazione può

---

<sup>28</sup> «Principles are often stated in ways which leave their subjects unspecified» (J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in «The Yale Law Journal», 81, 5, 1972, p. 836); «principles prescribe highly unspecified actions [...]. An act is highly unspecific if it can be performed on different occasions by the performance of a great many heterogeneous generic acts on each occasion [...]. Promoting human happiness, respecting human dignity, increasing productivity, and behaving negligently or unjustly or unreasonably are highly unspecific acts» (*ivi*, p. 838).

<sup>29</sup> Su quest'ultima nozione, il riferimento è H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1961, cap. VII. Più in generale, si vedano anche le considerazioni di J. Waldron, *Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues*, in «California Law Review», 82, 1994, pp. 509-540; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990; T. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000; P. Comanducci, *Principi del diritto e indeterminazione giudiziale*, cit.; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso*

contenere predicati la cui applicazione si rende incerta a causa di fattori quantitativi, o termini sul cui significato non vi è accordo per ragioni sostanziali; esistono poi casi in cui non è possibile delimitare a priori e in maniera esaustiva il campo di applicazione o tutte le possibili eccezioni cui una norma è soggetta. Queste dimensioni dell'indeterminatezza<sup>30</sup>, che si possono presentare isolatamente o simultaneamente<sup>31</sup>, generano automaticamente alcune complicazioni interpretative (problemi di antinomie, bilanciamento, lacune, concretizzazione di principi, di clausole generali, suscettibilità di eccezioni implicite, ecc.) che possono riguardare, in misura differente, tanto i principi quanto le norme.

## II.2. Una linea di sviluppo della ricostruzione hohfeldiana

Per illustrare gli assunti principali in materia di diritti fondamentali che orientano la ricerca, è opportuno muovere dall'apparato concettuale elaborato

---

razionale, Giappichelli, Torino, 1999; R. Guastini, *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, in «Diritto Pubblico», 3, 1998, pp. 651-659; J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Cepc, Madrid, 1997; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

<sup>30</sup> La letteratura teorica in materia di indeterminatezza normativa è estremamente ampia. Ad ogni modo, si vedano in particolare: P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* [1997], tr. it., in Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998; J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 157 ss.; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Cec, Madrid, 1992, pp. 119 ss.; M. Redondo, *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, in «Doxa», 20, 1997, pp. 177-196; M. Segura Ortega, *Problemas interpretativos e indeterminación del derecho*, in «Direito», 22, 2013, pp. 673-683.

<sup>31</sup> Si può parlare a questo proposito di “vaghezza combinatoria” della nozione di principio: non sembra possibile individuare alcuna caratteristica comune a tutte le istanze del concetto (in argomento, si vedano le analisi di E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 367-376).

da Wesley Hohfeld nei *Fundamental Legal Conceptions*<sup>32</sup>. L'analisi hohfeldiana si rivela particolarmente proficua in quanto si concentra sulla dimensione specificamente giuridico-positiva del fenomeno.

Come noto, l'autore ritiene che i termini che, nel dibattito teorico-giuridico, vengono generalmente impiegati per riferirsi a posizioni giuridiche vantaggiose e, correlativamente, svantaggiose, possano essere ridotti a otto concetti o modalità giuridiche fondamentali – quattro attive e quattro passive –, che Hohfeld raggruppa in due tavole: una di correlativi e l'altra di opposti. Lo schema delineato si basa su coppie oppositive di posizioni giuridiche, tra le quali si dà, per una necessità logica, un rapporto di correlatività.

Genaro Carrió, nella sua "Nota preliminare" alla traduzione spagnola di un articolo del 1913, fornisce un riassunto della ricostruzione hohfeldiana che, per la sua particolare chiarezza espositiva, è opportuno citare per esteso:

[e]n la tabla de los correlativos se destacan las cuatro modalidades activas – que suelen ser encubiertas por un uso indiscriminado de la palabra "derecho" (subjetivo) – y se las presenta en su relación con las cuatro modalidades pasivas correspondientes. Mientras que cada una de las modalidades activas identifica la situación de un sujeto A en su relación con un sujeto B, cada una de las modalidades pasivas identifica la situación que, en cada caso, tiene B frente a A. A la modalidad activa "derecho" (en sentido estricto), le corresponde como su complementaria, en cabeza de otro sujeto, la modalidad pasiva "deber"; a la modalidad activa "privilegio" le corresponde la modalidad pasiva "no-derecho"; a la modalidad activa "potestad" le corresponde la modalidad pasiva "sujeción";

---

<sup>32</sup> Cfr. W. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali* [1923], tr. it., Einaudi, Torino, 1969. In argomento, cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia* [1958], tr. it., Einaudi, Torino, 1965, pp. 151-159; J. Finnis, *Some Professorial Fallacies about Rights*, in «Adelaide Law Review», 4, 1972, pp. 377-388; J. Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, New Jersey, 1973, pp. 55-59; J. Waldron, *Introduction*, in Id. (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 5-8; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 7-111.

y a la modalidad activa “inmunidad” le corresponde la modalidad pasiva “incompetencia”<sup>33</sup>.

Considerando le quattro posizioni di partenza e le loro negazioni e posizioni correlative, otteniamo così un totale di otto posizioni soggettive di base: pretesa, libertà, potere, immunità, dovere, non diritto, soggezione, incompetenza. Le prime quattro sono riconducibili all’area semantica della nozione di diritto soggettivo; le altre quattro sono invece nozioni correlative implicate.

Ora, una possibile linea di sviluppo dello schema hohfeldiano riguarda il contenuto dell’azione o omissione che costituisce l’oggetto del diritto e, correlativamente, il soggetto che è tenuto a questa azione o omissione. Tale ricostruzione può poi essere integrata da un terzo aspetto: la descrizione di un atto. Combinando questi elementi, possiamo distinguere tra posizioni attive e passive, da un lato, e tra diritti negativi e positivi, dall’altro: ciascun diritto in senso atomico è dunque o attivo o passivo, e ciascun diritto passivo in senso atomico è positivo o negativo. *a)* I diritti attivi assumono ad oggetto una condotta del titolare del diritto: le libertà, se la condotta è un comportamento materiale, o i poteri, se la condotta consiste nella produzione di atti giuridici. *b)* I diritti passivi hanno come contenuto una condotta di un soggetto diverso dal titolare: le pretese e le immunità. I diritti passivi, e specialmente le pretese, possono poi distinguersi in diritti positivi e negativi. *b1)* I diritti positivi sono diritti (pretese) a un’azione positiva altrui. *b2)* I diritti negativi sono diritti (pretese) a un’omissione o astensione altrui.

---

<sup>33</sup> G. Carrió, *Nota preliminar*, in W. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* [1923], tr. sp., Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pp. 13-14.

Dal punto di vista del corrispondente dovere altrui, ai diritti positivi corrispondono doveri positivi, mentre ai diritti negativi corrispondono doveri negativi.

Ora, se intesi come aggregati molecolari complessi (raggruppamenti di posizioni atomiche hohfeldiane), la maggior parte dei diritti esibisce al contempo aspetti attivi e passivi, positivi e negativi<sup>34</sup>. Da questo assunto consegue che, per effetto della struttura nomodinamica che caratterizza il fenomeno giuridico (che regola la propria produzione attraverso l'istituzione di poteri normativi autorizzati), i diritti fondamentali esigono sempre un'opera di determinazione che li renda effettivi, che preveda dunque la creazione di appositi istituti (giurisdizionali, para-giurisdizionali, amministrativi, ecc.), l'elaborazione di normative e regolamenti, la predisposizione di risorse finanziarie e di infrastrutture.

Utilizzando questa linea di sviluppo della ricostruzione hohfeldiana, si può sostenere che nella gestione dei diritti fondamentali all'interno dello Stato costituzionale contemporaneo risultino parimenti necessari tanto il momento politico (parlamentare e governativo) della ripartizione delle risorse (l'istituzione di infrastrutture, l'organizzazione di apparati amministrativi, burocratici e di

---

<sup>34</sup> Sulla compresenza di dimensioni negative e positive nei diritti, si vedano in particolare J. Waldron, *Rights in Conflict* (1989), in *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 214 («one and the same right may generate both negative and positive duties [...] it is impossible to say definitively of a given right that it is purely negative (or purely positive) in character»); L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 325, 327; S. Holmes, C. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, London, 1999.

Sulla distinzione tra posizioni atomiche e aggregati molecolari, oltre all'opera di Hohfeld, si vedano: J. Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1990, pp. 55 ss.; M. Barberis, *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico* [2005], in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2006; C. Wellman, *Rights*, in *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2005.

pubblica sicurezza, ecc.) quanto la sottrazione, tipicamente demandata al potere giudiziario, del nucleo essenziale dei diritti alle mutevoli maggioranze parlamentari e governative e alle negoziazioni politiche. L'amministrazione dei diritti risulta condivisa, attraverso una complicata divisione del lavoro, tra diversi attori giuridici, e in particolar modo tra legislativo, esecutivo e giudiziario.

### II.3. *La superiorità esplicativa della interest theory*

Nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo si contrappongono due grandi famiglie di teorie: la "*choice theory*" e la "*interest theory*"<sup>35</sup>. In base al primo approccio, la giustificazione sostanziale per l'attribuzione di un diritto risiede nell'assicurare al suo titolare un ambito di scelta protetta: la possibilità di assumere una serie di decisioni in maniera autonoma, di esercitare o meno il diritto soggettivo, e agire o meno per la sua tutela<sup>36</sup>. In base al secondo approccio, il fondamento dell'attribuzione di un diritto consiste nell'assicurare una forma di

---

<sup>35</sup> Per alcune introduzioni al dibattito, si vedano: J. Waldron, *Introduction*, in Id., *Theories of Rights*, cit., pp. 9-12; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, in Id., N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, cit., pp. 61-101; Id., *On the Nature of Legal Rights*, in «Cambridge Law Journal», 59, 2000, pp. 473-508 (spec. pp. 495-508); J. Penner, *The Analysis of Rights*, in «Ratio Juris», 10, 1997, pp. 300-315; B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone*, in Id., *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 20-41; M. Kramer, H. Steiner, *Theories of Rights: Is There a Third Way*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 27, 2007, pp. 281-310.

<sup>36</sup> Cfr. in particolare H. Hart, *Legal Rights* [1973], in *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1982; N. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights*; H. Steiner, *Working Rights*, cit., pp. 233-301; K. Wellman, *An Approach to Rights*, Kluwer, Dordrecht, 1997.



protezione e di garanzia di un interesse del titolare (o anche di terzi, qualora il diritto sia giustificato da un interesse generale)<sup>37</sup>.

Ora, la maggiore efficacia descrittiva della *interest theory* emerge, in sintesi, nella sua più ampia capacità di giustificare l'esistenza, quantomeno sul piano morale pre-positivo, di diritti attribuiti a soggetti che non sono in grado di esprimere una volontà (diritti dei bambini, di alcuni portatori di disabilità, delle generazioni future, ecc.). Si può predicare l'esistenza di un diritto, in questa prospettiva, quando un certo interesse (il suo elemento giustificativo) si consideri sufficientemente importante per attribuire a un soggetto titolare una serie di posizioni hohfeldiane, e per imporre a un altro soggetto le posizioni correlative idonee a tutelare tale interesse: i diritti soggettivi, in questo senso s'identificano con quelle posizioni soggettive attribuite da norme per soddisfare o proteggere un certo interesse del titolare.

#### II.4. *La concezione dinamica dei diritti*

Nella presente ricerca s'intende difendere altresì il principio cardine che un diritto non sia composto da un insieme di posizioni hohfeldiane rigidamente predeterminato, ma, a seconda delle circostanze, sia sempre idoneo a generare differenti protezioni dell'interesse implicato<sup>38</sup>. Un diritto soggettivo, in questi

---

<sup>37</sup> Cfr. in particolare J. Raz, *The Nature of Rights* (1984), in Id., *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, pp. 165-192; N. MacCormick, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, in «ARSP», 62, 1976, pp. 305-317; Id., *Rights in Legislation*, cit.; J. Waldron, *The Right to Private Property*, Clarendon, Oxford, 1988, pp. 79-94.

<sup>38</sup> «[W]e can attribute a right to someone even if we cannot yet specify how the right should be fleshed out – and therefore even if we cannot yet specify the person against whom the right will be held» (M. Kramer, *Rights without Trimmings*, in *A Debate over Rights*, cit., p. 45).

termini, rappresenta una ragione per giustificare il riconoscimento di posizioni normative determinate, o insiemi determinati di posizioni; per imporre uno o più doveri, o in generale ulteriori posizioni normative, ad esso riconducibili. Tale giustificazione risulta suscettibile di un mutamento non esattamente predefinibile: dal nucleo di un qualsivoglia diritto derivano anche ondate di doveri e diritti ulteriori rispetto a quelli attribuiti dalle norme in un dato momento.

Questo orientamento “dinamico” si può rinvenire in diversi modelli di ragionamento morale e di interpretazione costituzionale, in cui i diritti sono visti quali situazioni favorevoli di carattere argomentativo o giustificativo, situati su un piano che precede la loro conversione in diritti giuridici, dotati di una priorità logica e assiologica rispetto ai doveri derivati o derivabili. Rimane aperta la possibilità, in questa prospettiva, di riconoscere un diritto a un soggetto anche qualora non siano ancora stati chiaramente determinati i titolari degli obblighi corrispondenti. Ogni diritto, in differenti condizioni di rilevanza e sul fondamento di nessi dinamici di derivazione, potrà giustificare il riconoscimento o

---

Posizioni di questo tipo si possono ritrovare ad esempio in: J. Raz, *Legal Rights* [1984], ried. in *Ethics in the Public Domain*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1994; Id., *The Nature of Rights* [1984], ried. in Id., *The Morality of Freedom*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 165-192; N. MacCormick, *Rights in Legislation*, in P. Hacker, J. Raz (a cura di), *Law, Morality and Society*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 188, 201; Id., *Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 62, 1976, pp. 305-316; J. Waldron, *Rights in Conflict*, in *Liberal Rights*, cit., spec. pp. 212-214; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., pp. 41-44; J. Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, in «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, p. 26; D. Lyons, “Rights, Claimants and Beneficiaries”, in *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, New York, 1994; L. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 51-52; J. Waldron, *The Right to Private Property*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 79-87. Per una ricostruzione del dibattito: B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone*, in Id., *I diritti nello Stato costituzionale*, cit.;

l'attribuzione di differenti gruppi di posizioni hohfeldiane (pretese, libertà, poteri, immunità).

Questa linea di ricostruzione, come si mostrerà, si rivela particolarmente idonea ad attribuire la medesima dignità teorica, in linea di principio, a tutti i diritti, anche in quei casi in cui non siano ancora stati determinati con esattezza i titolari dei doveri corrispondenti e/o la loro rivendicazione abbia senso solo dal punto di vista della critica morale del diritto.

## Capitolo II. Il dibattito teorico sul conflitto tra diritti fondamentali

### *I. I piani dell'analisi e l'alternativa tra approccio descrittivo e approccio normativo*

Seguendo Ferrajoli<sup>1</sup>, si possono individuare quattro piani di analisi in relazione al problema della compatibilità tra diritti fondamentali: 1) un livello storico-sociologico, in cui si considera l'evoluzione delle diverse generazioni dei diritti e l'effettività delle loro garanzie all'interno della società; 2) un livello dogmatico, che all'interno di un ordinamento giuridico determinato, si concentra sulle norme attributive di diritti fondamentali, in che modo si interpretano e che tipo di conflitti possono darsi tra i diritti; 3) un livello filosofico-politico, il cui scopo principale è quello di rinvenire una giustificazione dei diritti fondamentali che funga da parametro di legittimità delle istituzioni giuridiche esistenti; 4) un livello teorico, nel quale si discute il concetto di diritti fondamentali, la loro tipologia e struttura, e si costruiscono modelli esplicativi della realtà giuridica.

In quest'ultimo campo, la prima opzione – come spiega con particolare chiarezza Paolo Comanducci – è data da una «teoria ricostruttiva, critica o normativa in senso metodologico»<sup>2</sup>, che si prefigge di stipulare un apparato concettuale sulla base di esplicite premesse metodologiche, per poi costruire alcuni mo-

---

<sup>1</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 279-282.

<sup>2</sup> P. Comanducci, *Problemi di compatibilità fra diritti fondamentali*, in Id., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003, p. 318. «[Tali] teorie possono altresì definirsi meta-giurisprudenze prescrittive, nel duplice senso che: a) “prescrivono” alla dogmatica giuridica di descrivere il diritto, e le vietano – quando essa partecipa alla costruzione del diritto – di farlo nascostamente, sulla base di scelte valutative occulte; b) “correggono” il linguaggio del legislatore e della dogmatica, facendo terapia linguistica e concettuale, ad un livello meta-linguistico» (*ibid.*).

delli esplicativi degli elementi rilevanti della realtà. La seconda alternativa consiste invece in una teoria descrittiva (tipicamente giusrealista), volta a dar conto della realtà giuridica intesa come fenomeno prevalentemente linguistico<sup>3</sup>. Il concetto di diritti fondamentali, nel primo caso, sarà esplicitamente stipulato, nel secondo, sarà invece ripreso (mediante una selezione degli usi linguistici inevitabilmente ispirata a criteri soggettivi di rilevanza) dalla pratica dei giuristi e degli organi di applicazione del diritto, all'interno di un sistema giuridico determinato.

Ora, l'antitesi tra i due approcci risiede soprattutto nella diversa rappresentazione della portata dei conflitti e dei metodi di risoluzione utilizzabili. Un orientamento comune a diversi approcci normativi nega che si verifichino, in astratto, autentici casi di collisione, o afferma che, se si danno nella fase di applicazione, possono essere risolti stabilendo quale diritto debba prevalere<sup>4</sup>. Le teorie descrittive sono invece solite affermare che possa darsi incompatibilità tra diritti fondamentali senza che sia possibile prevedere *ex ante* quale diritto

---

<sup>3</sup> «[Tali] teorie potrebbero definirsi anche come meta-giurisprudenze descrittive, che spiegano ed analizzano le operazioni prevalentemente pratiche, normative, dei differenti attori del gioco giuridico» (*ibid.*)

<sup>4</sup> Tra le teorie normative, esempi significativi si possono considerare: J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* [1992], tr. it., Laterza, Roma-Bari, 2013; L. Ferrajoli, L., *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit.; I. De Otto, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", in Id., L. Martín-Retortillo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1988; J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999; V. Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; A. Ollero, *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidación personal*, in «Pensamiento y Cultura», 3, 2000, pp. 157-166; J. Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000; P. Serna, F. Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

prevarrà in una situazione concreta di conflitto, a causa dell'assenza di un criterio unico o corretto di risoluzione<sup>5</sup>.

A questa contrapposizione si può associare la dicotomia stabilita da Christopher Wellman<sup>6</sup>, in chiave di ricostruzione filosofico-giuridica, tra la concezione dei diritti *prima facie* e il modello specificazionista.

1) La nozione di diritti *prima facie*, sviluppata in particolare da MacCormick<sup>7</sup>, si può considerare una variante del concetto di obblighi o doveri *prima facie* (defettibili, non categorici), sviluppato da W. D. Ross a partire da una riflessione sulla teoria kantiana degli imperativi categorici<sup>8</sup>. Con tale concetto ci si riferisce abitualmente a quel comportamento che risulta in linea di principio obbligatorio in quanto applicazione di un principio morale, ma che per qualche motivo si trova a dover cedere di fronte ad un altro dovere. In altri termini, i doveri *prima facie* sono qualificazioni deontiche defettibili o superabili, soggette a eccezioni che possono far sì che alla fine venga meno l'obbligo di rispettarli. Ad esempio, tra il dovere di rispettare la parola data e il dovere di aiutare il prossimo, su un piano teorico astratto, non vi è alcuna contraddizione, ma è del tutto evidente

---

<sup>5</sup> Tra le teorie di taglio descrittivo, oltre allo studio già citato di Comanducci, esempi significativi si possono considerare: R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in «Diritto Pubblico», 1998, pp. 641-660; J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», in Id. (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 99-121; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Etica & Politica», 1, 2006, pp. 1-57.

<sup>6</sup> Cfr. C. Wellmann, *On Conflicts Between Rights*, in «Law and Philosophy», 14, 1995, pp. 277-285.

<sup>7</sup> Cfr. N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* [1978], tr. it., Giappichelli, Torino, 2001, pp. 289-290. In argomento, si vedano anche le analisi di J. Mackie, *Can There Be a Right-Based Moral Theory?*, in Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1978.

<sup>8</sup> Cfr. W. D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1930.

che in un particolare contesto applicativo tali doveri potranno entrare in collisione, rendendosi pertanto necessario introdurre delle eccezioni.

Le norme *prima facie* sono soggette a una serie di eccezioni implicite o esplicite che, nei casi di competitività, si troveranno a cedere di fronte ad altre norme di maggior importanza.

Seguendo questo orientamento, i diritti *prima facie* risultano soggetti a una serie di condizioni o eccezioni implicite che possono stabilire, in determinate circostanze, che il titolare non possa esercitare le facoltà nelle quali consiste il suo diritto, o che debba sopportare ingerenze o violazioni dei propri diritti (giustificate con il rispetto di altri diritti o principi).

Questa visione delle relazioni tra diritti – argomenta Wellman – è pertanto solidale con il riconoscimento della possibilità di antinomie: se si concepiscono le disposizioni costituzionali come formulazioni di diritti solo *prima facie*, si dovrà anche accettare la possibilità persistente di conflitti secondo direzioni non predeterminabili (o non del tutto).

2) Di contro, la posizione specificazionista ritiene possibile parlare di diritti solo una volta che siano state determinate dettagliatamente le loro condizioni di applicazione, specificando tutte le loro possibili eccezioni, in modo da distinguere i casi in cui i diritti si applicano realmente, da quelli in cui l'applicazione avviene solo *prima facie*<sup>9</sup>. Come osserva Tara Smith<sup>10</sup>, in una situazione di pre-

---

<sup>9</sup> Per alcuni esempi di strategie specificazioniste: R. Martin, *A System of Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 114-126, 123, 231; D. Mendonca, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 84-85. J. Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, in «Harvard Law Review», 88, 1975, pp. 1482-1508; F. Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, in «Vanderbilt Law Review», 34, 1981, pp. 265-307. Per una ricognizione teorica sul tema: H. Richardson, *Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems*, in «Philosophy & Public

sunto conflitto o uno dei due diritti coinvolti non è un autentico diritto, o si stanno ignorando i perimetri esatti dei diritti coinvolti (di entrambi o di uno di essi). I veri diritti sono pertanto “assoluti”, precisamente nell’accezione di Joel Feinberg<sup>11</sup>: non nel senso che attribuiscano al titolare facoltà illimitate o che non siano soggetti ad alcuna condizione di applicazione, ma nel senso che non sono soggetti a eccezioni implicite. Secondo questa linea di ricostruzione, i diritti entrerebbero in conflitto soltanto nella loro formulazione generica, ma si rivelerebbero poi suscettibili di specificazione, in modo tale da dissipare l’apparenza di conflitto.

## II. *Il modello compatibilista*

Il modello compatibilista, con diversi argomenti e strategie, nega che nella prassi giuridica si producano autentiche collisioni. Al contrario, ogni apparente situazione di conflitto sarebbe destinata a dissolversi in seguito a un’adeguata analisi della situazione. In tutti i casi problematici vi sarebbe una sola norma applicabile per risolvere la questione.

---

Affairs», 1990, pp. 279-310.

<sup>10</sup> T. Smith, *Rights Conflicts. The Undoing of Rights*, in «Journal of Social Philosophy», 26, 1995, spec. pp. 150-151.

<sup>11</sup> Cfr. J. Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, New Jersey, 1973.



## II.1. *L'anticonflittualismo come tesi logico-concettuale*

Uno degli obiettivi che orientano diversi approcci, presenti soprattutto nell'ambito della filosofia politica e morale, è quello di costruire un sistema normativo di diritti nel quale i conflitti (almeno tendenzialmente) non si verifichino *ex ante*. Tali proposte ambiscono a fornire una soluzione formale, analitico-definitoria, al conflitto tra diritti, negandolo pertanto a priori ("in astratto").

Ad esempio, la teoria dworkiniana dei diritti come "*trump cards*", dotate di una validità assoluta, incondizionata, in grado di prevalere su qualsiasi valutazione concorrente; oppure l'idea – difesa da Richard Pildes – dei diritti come "*excluded reasons*", in base alla quale il legislatore non può interferire nello spazio protetto da un diritto, se non per tutelarne l'interesse sotteso: queste e altre prospettive (si pensi alla concezione del "*coto vedado*" di Garzón Valdés) convergono nell'affermare l'esistenza di un nucleo di intangibilità integralmente sottratto all'intervento parlamentare e alla commisurazione con esigenze sociali eterogenee<sup>12</sup>.

La ricostruzione di Hillel Steiner<sup>13</sup>, in particolare, assume la "compossibilità" (la condizione di un esercizio congiunto) dei diritti morali come un requisito per la loro accettabilità, rendendo pertanto i conflitti impossibili per definizio-

---

<sup>12</sup> Cfr. R. Dworkin, *Rights as Trumps*, in J. Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994; E. Garzón Valdés, *Representación y democracia*, in «Doxa», 6, 1989, pp. 143-163; R. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, in «Hastings Law Journal», 45, 4, 1994, pp. 711-751.

All'interno del dibattito filosofico-politico e filosofico-giuridico contemporaneo, si vedano anche: L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. I, pp. 822, 848; vol. II, pp. 19-20, 42, 44, 62-63, 92, 99, 304; Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 19; J. Rawls, *Una teoria della giustizia* [1971], tr. it., Feltrinelli, Milano, 2008.

<sup>13</sup> Cfr. H. Steiner, *The structure of a Set of Compossible Rights*, in «Journal of Philosophy», 74, 1977, pp. 767-775.

ne. La finalità essenziale che orienta tale prospettiva consiste nel configurare un sistema che includa solo quei diritti che risultano reciprocamente compatibili.

A quest'approccio è opportuno accostare la strategia argomentativa elaborata da Robert Nozick per neutralizzare il conflitto tra diritti. Questo orientamento – occorre rimarcare – si colloca in un più ampio progetto filosofico-politico di trasformazione utopica della società. L'operazione consiste nel restringere la categoria degli interessi che possono ambire alla qualifica di diritti alle sole libertà negative di astensione, che in tal modo possono operare come "*side-constraints*": "vincoli collaterali" ("assoluti") alle possibilità di condotta disponibili agli agenti<sup>14</sup>. I diritti, nella prospettiva dell'autore, indicano quei "confini" che delimitano le legittime e inviolabili sfere di azione dei singoli. Tali barriere non possono essere varcate senza il consenso degli individui, per definizione liberi di costruire autonomamente i propri piani di vita, rendendo così ingiustificata qualsiasi azione o misura politica che imponga loro dei sacrifici. Ogni agente dovrà curarsi solo della propria osservanza dei vincoli che rendono possibili i diritti altrui: la possibile violazione di un diritto di *A* non giustifica che *B* si debba attivare per evitarla.

Questo orientamento si basa sulla pretesa, insostenibile sul piano strettamente giuridico, di definire il contenuto dei diritti fondamentali sulla base di un'operazione meramente ricognitiva, esaminandone le relazioni attraverso un'analisi linguistica e concettuale in cui il piano semantico è totalmente avulso dal contesto concreto. Nel campo dell'interpretazione giuridica, la determinazione dei contorni di un diritto riguarda non solo la disposizione relativa, ma

---

<sup>14</sup> Cfr. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974. Per un altro approccio teso a rilevare che i diritti negativi siano logicamente aconfittuali, cfr. C. Fried, *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1978, p. 110.

anche gli altri precetti costituzionali, che incidono sulle possibilità di trovare un'armonia.

## II.2. *La marginalizzazione dei conflitti*

Da quest'ultimo approccio va poi distinta la tesi che riconosce la possibilità logica del conflitto tra diritti, ma ne minimizza gli effetti in sede interpretativa, mettendone in luce la natura solo apparente. Si tratta di un orientamento che riconduce il problema delle soluzioni dei casi di apparente conflittualità a una questione di corretta interpretazione delle disposizioni costituzionali, il cui obiettivo sarebbe portare alla luce la struttura intrinseca della coesistenza tra i principi presenti all'interno del quadro costituzionale. In sede di ricostruzione dottrinale, nonché in diversi orientamenti giurisprudenziali, si sostiene l'opportunità di (ri)costruire delle gerarchie relative al contesto specifico, in modo tale che il "contenuto essenziale" di determinati diritti o principi possa disporre di una più intensa garanzia costituzionale. Il punto rilevante, in questa prospettiva, è la determinazione dei limiti precisi di ogni diritto in gioco<sup>15</sup>. Se non si tratta di una comprensione inadeguata delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali, vorrà dire che non è stata considerata la diversa struttura delle categorie di diritti o non si è prestata sufficiente attenzione ai confini di ogni diritto fondamentale o bene costituzionale implicato.

---

<sup>15</sup> Sulla distinzione tra limitazione/restrizione (*infringement*) legittima, e violazione/restrizione ingiustificata (*violation*) dei diritti, si vedano soprattutto A. Gewirth, *Are There Any Absolute Rights?* (1981), in J. Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, cit., pp. 91-109; R. Nozick, *Moral Complications and Moral Structures*, in «Natural Law Forum», 13, 1968, pp. 1-50 (spec. pp. 33-41); J. Thomson, *Some Ruminations on Rights*, in «Arizona Law Review», 19, 1977, pp. 45-60 (spec. pp. 47-48).

### II.2.1. *Alcuni orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*

Una posizione simile si può trovare nella dottrina proposta dalla Corte costituzionale tedesca in merito ad un ordine oggettivo dei valori (*objektive Wertordnung*), che pone al vertice della scala valoriale la dignità umana, inviolabile e non assoggettabile al bilanciamento con altri valori. Nelle motivazioni di alcune sentenze della Corte costituzionale italiana, poi, un'idea analoga è stata progressivamente articolata soprattutto con l'affermazione della tesi dell'esistenza di "principi costituzionali supremi", parzialmente coincidenti con i valori consacrati nei primi 12 articoli della Costituzione, che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali.

Ci troviamo in entrambi i casi di fronte a un ordine che viene individuato mediante la costruzione di una gerarchia estrinseca rispetto al testo costituzionale, sovrapposta in sede interpretativa per effetto di una lettura olistica della trama dei valori e principi che compongono il quadro costituzionale. Anche un modello di ordine lessicografico come quello delineato, tuttavia, è inevitabilmente destinato a essere modificato nel momento in cui, per ragioni disparate, le circostanze determineranno che ad imporsi sia un altro interesse non previsto che reclaims una tutela maggiore. In proposito, afferma Andrei Marmor:

[i]n pluralistic societies, and it is in those societies that rights are most needed, people are bound to disagree about the point of having a right to free expression, even if they agree that they should have the right. [...] [T]he lexical ordering of rights' conflict is only possible in the framework of a shared culture of moral and

political views, but it is precisely in such cases that rights have relatively little cultural and political significance<sup>16</sup>.

Particolarmente significativo, in proposito, è poi il dibattito teorico relativo alle competenze del legislatore *ex art. 53.1* della Costituzione spagnola nel disciplinare l'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Carta. Analogamente all'art. 19, comma 2, del *GrundGesetz*, a tale articolo risulta sottesa l'idea di fondo di una più intensa garanzia costituzionale di cui disporrebbero alcuni diritti o principi nel loro "contenuto essenziale".

Tra i vari problemi affrontati, il dibattito pone la questione se il legislatore sia autorizzato, e nel caso fino a che punto, a incidere sul contenuto dei singoli diritti, nell'esigenza di bilanciarli con altri diritti e beni costituzionalmente protetti. La principale fonte d'ispirazione dell'orientamento teso a negarne la legittimità<sup>17</sup> consiste nella distinzione tra i concetti di limitazione e delimitazione dei diritti fondamentali, secondo la linea avviata da Friedrich Müller<sup>18</sup>. Mentre la limitazione di un diritto presuppone una restrizione, imposta dall'esterno, del complesso di facoltà che compongono un diritto, o una riduzione delle sue condizioni di applicazione, la delimitazione consiste nel precisare in sede interpretativa i contorni del diritto, determinando le sue condizioni di applicazione e l'insieme delle facoltà che il diritto comprende.

Negli apparenti casi di conflitto, secondo diversi autori, non si dà realmente una collisione; un'analisi approfondita mostra che in realtà nessuna condotta ri-

---

<sup>16</sup> A. Marmor, *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1997, pp. 16-17.

<sup>17</sup> Cfr. I. De Otto, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", cit., spec. il cap. V, pp. 137 ss.; X. O'Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991; J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pp. 36 ss.

<sup>18</sup> F. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

cade al di fuori dell'area di protezione del diritto, con la conseguenza che non costituisce un autentico esercizio del diritto. Con le parole di De Otto:

lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental<sup>19</sup>.

I conflitti tra diritti costituzionali – secondo un orientamento dottrinale ampiamente diffuso – riguardano esclusivamente i principi, e non le regole, con la conseguenza che non risulta possibile determinare a priori i casi di collisione. Ad esempio, in astratto non si pone alcun problema di inconsistenza tra la libertà d'espressione e il diritto all'onore; la collisione che si può generare riguarda solo i casi concreti. Se in un caso concreto sembra esservi una tensione tra la libertà di espressione e il diritto all'onore, quello che si verificherà è che o si tratta di espressioni non protette dal diritto alla libertà di espressione (e ci troviamo dunque al di fuori del suo ambito di applicazione), motivo per cui occorrerà difendere l'onore del soggetto in questione, oppure non vi sarà alcuna lesione del suo onore, dal momento che si tratta di un aspetto non tutelato da quel diritto. Si può pertanto affermare che in realtà nessun esercizio legittimo della libertà di espressione lede l'onore, dal momento che, se così fosse, non si tratterebbe di un esercizio legittimo di quel diritto.

Dalla genericità delle conseguenze previste dai principi, formulati in maniera astratta e indeterminata, deriva una pluralità di ipotesi di collisione non esattamente predeterminabili. In assenza di un criterio giuridico precisamente definibile che assegni prevalenza in via generale e astratta ad uno dei due interessi

---

<sup>19</sup> I. De Otto, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", cit., p. 137.

in conflitto, osserva ad esempio L. Prieto Sanchís, «no es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión [...], la colisión sólo se descubre, y se resuelve, en presencia de un caso concreto, y los casos en que ello ocurre resultan *a priori* imposibles de determinar»<sup>20</sup>. Una posizione analoga è sostenuta da K. Günther, il quale distingue tra un piano astratto o “discorso di validità”, nel quale possono darsi collisioni “interne”, identificabili indipendentemente dalle situazioni concrete di applicazione, e un livello concreto o “discorso di applicazione”, in cui possono prodursi collisioni “esterne” identificabili solo nei casi concreti. Osserva l'autore:

en el discurso de aplicación las normas válidas tienen tan sólo el status de razones *prima facie* para la justificación de enunciados normativos particulares tipo “debes hacer ahora p”. Los participantes saben qué razones son las definitivas tan sólo después de que hayan aducido todas las razones *prima facie* relevantes en base a una descripción completa de la situación<sup>21</sup>.

Nei casi di collisioni esterne tutti gli elementi mantengono la propria validità e sono applicabili *prima facie* al caso concreto, ma solo uno di essi risulta adeguato rispetto a tutte le circostanze della situazione, mentre negli altri casi può verificarsi che l'elemento adeguato sia un altro. Detto in altri termini, la risoluzione del conflitto mantiene intatti gli elementi che sono entrati in collisione, lasciando indeterminata la risoluzione di futuri conflitti tra gli stessi elementi.

Rispetto a quest'orientamento, occorre rimarcare la differenza sostanziale che sussiste tra delimitare il contenuto dei diritti e renderli compatibili: anche qualora siano perfettamente definiti i perimetri di ciascun diritto, non per questo si

---

<sup>20</sup> L. Prieto Sanchís, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», in M. Carbonell (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 133.

<sup>21</sup> K. Günther, *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, in «Doxa», 17-18, 1995, p. 283.

possono escludere casi di collisione. Il principale problema teorico che emerge nell'orientamento analizzato è quello di non separare due questioni che andrebbero invece tenute distinte. Almeno in ambito giuridico, la tesi per cui in seguito a una corretta delimitazione del contenuto dei diritti scomparirebbe qualsiasi conflitto è insostenibile, posto che le loro condizioni di applicazione possono sovrapporsi e generare inconsistenze, lasciando aperta la possibilità che sorgano antinomie contestuali.

Se si esclude il caso delle collisioni tra i principi o diritti "supremi" e gli altri diritti costituzionali, l'individuazione di un insieme di ordini di priorità non è comunque idonea a escludere a priori il verificarsi di conflitti, né a evitare del tutto l'ipotesi che sorga un altro interesse, diritto o bene costituzionale concorrente che non reclaims una tutela più intensa. Stabilire un ordine gerarchico di preferenze tra diritti in conflitto richiederebbe un consenso generalizzato rispetto ai valori che informano i diritti stessi, naturalmente indisponibile in società pluraliste<sup>22</sup>.

Due diritti possono essere compatibili su un piano logico astratto, ma non vi è alcuna garanzia che, in sede di applicazione, si producano antinomie contestuali. È poi fortemente implausibile, controintuitivo, che un testo costituzionale pluralista, che costituisce il risultato di un "patto sociale" fra tradizioni politico-culturali eterogenee, pensato con lo scopo di durare a lungo, contenga discipline di dettaglio, diritti formulati in maniera circostanziata e precisa.

---

<sup>22</sup> Sull'ordine gerarchico dei valori, si veda in particolare: R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* [1994], tr. it., Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 164-170.



## II.2.2. *La strategia di Habermas*

Un altro approccio particolarmente significativo, nel panorama giusfilosofico contemporaneo, è quello di Jürgen Habermas, che muove da una concezione deontologica dei diritti e dei principi costituzionali, intesi come “norme d’azione obbligatorie” intersoggettivamente valide per tutti i destinatari senza eccezioni. La considerazione dei diritti come beni o valori che richiedono di essere ponderati all’interno del caso concreto – argomenta l’autore – finirebbe per ridurre i diritti all’analisi costi-benefici, a una loro considerazione in termini di interessi utilitaristici<sup>23</sup>.

La visione conflittualista proviene da un’inadeguata comprensione della realtà dei diritti fondamentali. In particolare, la concezione teleologica che soggiace alla tesi conflittualista è quella che concepisce i diritti fondamentali come valori, dimenticando in tal modo il dato essenziale che i contenuti morali, una volta introdotti in un contesto giuridico-istituzionale, «subiscono una modificazione del loro significato che è specificamente giuridica»<sup>24</sup>. I valori, in quanto “beni giuridici ottimizzabili”, rimandano alla «preferibilità di beni che in determinati collettivi valgono come desiderabili», mentre i principi fanno riferimento a criteri universalmente validi, che «disciplinano una materia nell’eguale

---

<sup>23</sup> Lo stesso Alexy interpreta la posizione habermasiana come una critica rivolta alla sua teoria dei principi, e più in particolare alla tesi dell’ottimizzazione. Le repliche di Alexy (tese a evidenziare la loro natura di concetti deontologici), si concentrano in: R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 13, 3, 2000, pp. 294-304; Id., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2, 2003, pp. 134-135; Id., *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in «International Journal of Constitutional Law», 4, 3, 2005, p. 572; Id., *The Construction of Constitutional Rights*, in «Law & Ethics of Human Rights», 1, 2, 2010, p. 21; Id., «Postfazione», in *Teoria dei diritti fondamentali* [1985], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 607-661.

<sup>24</sup> J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* [1992], tr. it., Guerini, Milano, 2013, p. 243.

interesse di tutti [...] [mentre] come valori essi configurano – insieme ad altri valori – un ordine simbolico esprimente identità e forma di vita di una particolare comunità giuridica»<sup>25</sup>.

Sulla base di questi presupposti, Habermas muove diverse critiche agli orientamenti dottrinali della giurisprudenza costituzionale tedesca, in cui il *Grundgesetz* viene concepito non come un «sistema di regole strutturato da principi», ma come «un concreto ordine dei valori»<sup>26</sup>. I diritti, nella prospettiva del filosofo, sono invece norme deontologiche dotate di una struttura universale e incondizionata, che possono pertanto essere valide (implicando il dovere di applicarle in ogni caso concreto), oppure invalide. Con le parole dell'autore:

[s]e i principi pongono un valore che deve essere realizzato in maniera ottimale e se la misura di realizzazione di questi precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebot*) non va desunta dalla norma stessa, allora l'applicazione di tali principi nel quadro di ciò che sia fattualmente rende necessario un bilanciamento orientato allo scopo<sup>27</sup>.

La conseguenza sarebbe che, in qualsiasi momento, i “diritti individuali” potrebbero trovarsi a cedere di fronte a “scopi collettivi” o a esigenze eterogenee (beni, interessi, necessità, ecc.); i diritti fondamentali perderebbero quella loro stabilità che potrebbe essere garantita solo mediante una struttura rigorosamente deontica, legata ad aspettative generalizzate di comportamento stabilite dall'ordinamento giuridico vigente.

---

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 304.

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 302.

<sup>27</sup> *Ibid.* «[S]e, in caso di collisione, tutte le ragioni possono assumere il carattere di argomenti per la determinazione di obiettivi, cade, perciò, ogni muro divisorio che è stato eretto nel discorso giuridico con la concezione deontica delle norme e dei principi giuridici» (*ivi*, p. 308).

A fondamento di questa tesi vi è l'identificazione dei valori (i principi come mandati di ottimizzazione) con i precetti etici sviluppati da Max Scheler e Nicolai Hartmann, che formano un ordine concreto suscettibile di essere ordinato in una scala d'importanza.

La critica habermasiana si dirige pertanto contro la concezione dei diritti come valori, infinitamente bilanciabili tra di loro e con esigenze eterogenee secondo il caso specifico. Questo approccio finirebbe per convertire la giurisdizione costituzionale in un'istanza autoritaria che decide in conformità a fini irrazionali e arbitrari, a parametri soggettivi estrinseci.

Non è tuttavia chiaro, nella ricostruzione habermasiana, per quale motivo la concezione dei diritti come norme o regole dovrebbe risolvere il problema del conflitto, formando un insieme coerente per definizione. Questa prospettiva tende a sopravvalutare la rilevanza della dimensione linguistica nella formulazione dei diritti costituzionali, prescindendo dalla considerazione relativa alla loro efficacia normativa: concepire i diritti come prescrizioni universali e incondizionate non garantisce, di per sé, che non si producano conflitti normativi, essendo rilevanti anche altri fattori quali ad esempio le pratiche interpretative accreditate nella cultura giuridica di riferimento o più in generale il grado di "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico.

### II.2.3. *La posizione di Ferrajoli*

Anche Luigi Ferrajoli condivide la finalità normativa di minimizzare l'incidenza dei conflitti<sup>28</sup>. La peculiarità della posizione dell'autore consiste però nel perseguire quest'obiettivo muovendo da un piano concettuale e definitorio, che agisce sulla struttura dei diritti fondamentali, presentando un insieme di te-

---

<sup>28</sup> Cfr. in particolare L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989; Id., *Diritti fondamentali*, cit.; Id., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

si aventi carattere esplicativo rispetto a una specifica esperienza giuridica, quella dello Stato costituzionale di diritto contemporaneo. Il discorso sviluppato, tuttavia, non pretende di descrivere asetticamente la realtà giuridica, ma presenta espressamente importanti ricadute sul piano normativo, essendo strumentale rispetto al perseguimento di fini e valori quali l'eguaglianza, la democrazia, la pace e la tutela del più debole<sup>29</sup>. Il modello proposto, più precisamente, è dotato di una pretesa prescrittiva, ossia quella di contribuire a individuare le eventuali asimmetrie tra lo Stato costituzionale come modello teorico e il funzionamento concreto del diritto, per emendarne i difetti.

#### II.2.3.1. *La delimitazione concettuale della categoria di diritti fondamentali e le differenti tipologie*

Per analizzare la posizione di Ferrajoli in materia di conflitti risulta imprescindibile evidenziare alcuni presupposti teorici della sua concezione sinergica dei diritti fondamentali, tesa a evidenziarne la reciproca compatibilità e l'interdipendenza multifunzionale. La definizione che l'autore fornisce dei diritti fondamentali è la seguente:

[s]ono “diritti fondamentali” tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire; inteso per “diritto soggettivo” qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. *ivi*, pp. 300, 338-339.

<sup>30</sup> L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 5.

Si tratta di un tentativo di delimitazione formale o strutturale del concetto, nella misura in cui tende a prescindere dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati. I diritti fondamentali, in quanto corrispondono ad aspettative ed interessi tendenzialmente universali, rappresentano il parametro dell'uguaglianza giuridica e il fondamento della "dimensione sostanziale" della democrazia (l'insieme delle garanzie assicurate dal paradigma dello Stato di diritto). Tale stipulazione si basa su alcuni assunti precisi:

[i] tratti strutturali che in base a questa definizione distinguono tali diritti da tutti gli altri sono tre, tutti indipendenti dagli argomenti o contenuti delle aspettative con essi tutelate: a) la forma universale [in senso logico] della loro imputazione [...]; b) il loro statuto di regole generali ed astratte [...]; c) il loro carattere indisponibile e inalienabile<sup>31</sup>.

Su queste basi, Ferrajoli procede a costruire una duplice tipologia dei diritti fondamentali: «l'una, *soggettiva*, relativa alle classi di soggetti cui tali diritti sono attribuiti; l'altra, *oggettiva*, relativa ai tipi di comportamento che di tali diritti sono argomento»<sup>32</sup>. La categoria dei diritti fondamentali viene quindi articolata al suo interno in: a) diritti (primari) di libertà (ad esempio, il diritto alla vita e all'integrità della persona), i quali a loro volta possono presentarsi come a1) immunità da lesioni o costrizioni ("libertà da")<sup>33</sup>; a2) facoltà di comportamenti non giuridici, parimenti immuni da interferenze o costrizioni<sup>34</sup>; b) diritti sociali, ossia di-

---

<sup>31</sup> L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., pp. 282-283.

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 283, corsivo nel testo.

<sup>33</sup> In questa categoria sembrano rientrare tutti quei diritti il cui godimento è (tendenzialmente) coestensivo rispetto alla titolarità stessa: questi diritti si esercitano, semplicemente, essendo titolari.

<sup>34</sup> In questa categoria rientrano tutti quei diritti il cui esercizio consiste in attività concrete da parte del titolare, "assistite" da un obbligo di astensione altrui da interferenze nell'attività del titolare del diritto

ritti a prestazioni positive dotati del requisito dell'universalità in senso logico; c) diritti (secondari) di autonomia, come i diritti civili o i diritti politici, vale a dire tutti quei "diritti-poteri" il cui esercizio produce effetti (per mezzo di atti giuridici) sulle libertà positive o negative altrui, ed è legittimo soltanto nel rispetto dei limiti legali costituiti dai diritti di libertà e dai diritti sociali. I diritti fondamentali nel loro complesso, inoltre, sono per definizione sovraordinati ai diritti patrimoniali: questi ultimi possono essere definiti come diritti non universali, dal momento che traggono origine in atti di natura individuale (atti negoziali o amministrativi)<sup>35</sup>. Vi è pertanto una differenza strutturale tra i diritti fondamentali e i diritti patrimoniali, spettanti gli uni a intere classi di soggetti e gli altri a ciascuno dei loro titolari con esclusione di tutti gli altri.

Con le parole di Ferrajoli:

[o]ccorre insomma distinguere tre livelli di figure deontiche. Al livello più basso sta la *libertà naturale* o extragiuridica, che non è un diritto ma una situazione di non diritto pur se protetta, ovviamente, dal diritto tramite la configurazione come illeciti delle loro arbitrarie lesioni: è la libertà consistente nel poter fare deonticamente tutto ciò che si può fare materialmente, incluso uccidere o rubare o comunque nuocere agli altri, e che è perciò destinata ad essere limitata dalle leggi e per altro verso dalle negoziazioni tra privati. A un livello superiore stanno i poteri – privati e pubblici, gli uni direttamente e gli altri indirettamente connessi ai *diritti di autonomia* rispettivamente civili e politici – il cui esercizio, tramite leggi e negozi, limita sempre le libertà. Infine, a un livello superiore a tali poteri stanno i *diritti di libertà*: siano essi di rango costituzionale, ciò che è necessario perché valgano a limitare il potere legislativo, siano essi di rango legislativo, ciò

---

<sup>35</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 5. 25 L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., pp. 293, 331; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 755-757. «Mentre i diritti primari consistono essenzialmente in aspettative sostanziali (di non lesione se negative, di prestazione se positive) e quindi nei *benefici* assicurati ai loro titolari, i diritti secondari, siano essi civili o politici, essendo esercitati da atti prescrittivi di effetti giuridici, sono altresì *poteri*, siccome tali sottoposti, nello Stato di diritto, a limiti e a vincoli di legge» (Id., *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 287).

che è sufficiente perché valgano a limitare i poteri negoziali. Le libertà negative e positive del primo tipo sono variamente limitate dall'esercizio dei diritti-potere di autonomia: in maniera tendenzialmente uguale dalle leggi, in maniera disuguale dalla contrattazione privata. Le libertà positive del secondo tipo, ossia i diritti di autonomia, interferendo nelle libertà del primo tipo, sono altresì poteri, in quanto tali limitati dal diritto. Infine, le libertà negative del terzo tipo, ossia i diritti di libertà, sono precisamente i limiti imposti ai diritti-poteri di autonomia<sup>36</sup>.

### II.2.3.2. *La marginalizzazione dei conflitti*

Dopo aver stabilito questo quadro teorico, Ferrajoli si oppone decisamente all'approccio conflittualista, prefiggendosi di evidenziare come le collisioni tra diritti fondamentali rispondano a circostanze empiriche contingenti, estremamente limitate, e che non si diano conflitti, o non si diano in maniera rilevante, tra diritti appartenenti a categorie diverse. Uno degli obiettivi più rilevanti dell'analisi sviluppata è quello di indicare come alcuni di questi diritti non possano confliggere per ragioni logico-concettuali, mentre altri per ragioni di gerarchia delle fonti.

I diritti-immunità sono illimitati per definizione, nel senso che la loro garanzia non interferisce con gli altri diritti. I diritti di libertà (intesi come "libertà di") trovano un unico "limite" determinato dalla loro convivenza con i diritti di libertà degli altri, con cui effettivamente possono entrare in conflitto, o forse – afferma l'autore – anche con diritti fondamentali di altro tipo. I diritti sociali, invece, incontrano limiti non in diritti fondamentali di altro tipo, ma solo nei costi necessari ad assicurarne il soddisfacimento, che, esercitandosi tramite il prelievo fiscale, inevitabilmente richiede il sacrificio di diritti patrimoniali. I di-

---

<sup>36</sup> Id., *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., pp. 294-295, corsivo nel testo.

ritti di autonomia o diritti-potere sono effettivamente destinati a interferire con le sfere di libertà di altri soggetti; tuttavia, da un punto di vista strettamente giuridico (nomodinamico), non possono entrare in conflitto con gli altri diritti fondamentali, in quanto sono costitutivamente delimitati da questi ultimi. L'esercizio dei diritti di autonomia è subordinato alle norme che regolano forme e contenuti dei relativi atti di esercizio, a garanzia degli interessi pubblici e dei diritti appartenenti ad altri soggetti; «il loro rapporto con gli altri diritti fondamentali non è configurabile come “conflitto” bensì come soggezione alla legge»<sup>37</sup>, la cui funzione consiste nel sottoporre a vincoli e controlli giurisdizionali questi diritti. Nel caso dei diritti di autonomia, dunque, si può parlare tutt'al più di un conflitto “apparente” agevolmente risolvibile (in favore degli altri diritti fondamentali), ricorrendo al criterio gerarchico.

Le differenze strutturali esistenti tra le diverse tipologie di diritti evidenziano come non vi sia conflitto possibile «per la maggior parte dei diritti di libertà consistenti in immunità»<sup>38</sup>, ossia per la libertà di coscienza, l'immunità nei confronti della tortura o delle pene arbitrarie, il diritto alla vita e all'integrità personale: in tutti questi casi, l'elemento di maggior rilevanza consiste nella diversa configurazione giuridica dei diritti quanto alla loro estensione. Non vi sono

---

<sup>37</sup> «[P]roprio perché i diritti di autonomia consistono in poteri giuridici, il loro rapporto con gli altri diritti fondamentali non è configurabile come ‘conflitto’, bensì come soggezione alla legge: precisamente come soggezione degli atti potestativi, siano essi leggi o negozi, che direttamente o indirettamente sono esercizio dei primi, alle norme costituzionali e legislative nelle quali sono stipulati i secondi. Ma questo è per l'appunto il ruolo del diritto entro il paradigma del costituzionalismo rigido. Essendo ‘poteri’, i diritti di autonomia sono destinati, come tutti i poteri, ad essere nello Stato costituzionale di diritto sottoposti a limiti di legge onde impedirne l'esercizio legibus solutus. Ed è chiaro che la mancanza di limiti a tale esercizio [...] equivarrebbe proprio a quelle forme di assolutismo dei poteri che la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali ha lo scopo di impedire» (L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 330).

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 328.



conflitti tra i diritti sociali a prestazioni positive e gli altri diritti fondamentali: i diritti sociali, in particolare, non incontrano limiti nei diritti di libertà, «ma solo nei costi della loro soddisfazione, finanziati dal prelievo fiscale in danno dei diritti patrimoniali»<sup>39</sup>. Non vi è poi conflitto tra i diritti sociali (più in generale i diritti primari) e i diritti di autonomia privata (di scambio e iniziativa economica) e politica, dal momento che questi ultimi sono diritti-poteri, il cui rapporto con gli altri diritti si configura esclusivamente come “soggezione alla legge”. Non vi sono infine conflitti tra “diritti culturali”, che vanno ricondotti ai diritti di libertà e sociali, oppure, non essendo attribuiti ad individui ma a collettività, non si possono considerare autentici diritti fondamentali. Possono unicamente darsi conflitti tra alcuni diritti di libertà, anche se Ferrajoli preferisce parlare di “limiti”: si tratta, in particolare, della libertà di espressione nei confronti del diritto alla privacy, della libertà di associazione e del diritto di sciopero nei confronti degli altri diritti fondamentali.

#### II.2.3.3. *Un bilancio provvisorio*

La rigida quadripartizione operata da Ferrajoli<sup>40</sup>, costruita mediante il ricorso a diverse scelte stipulative, tende ad allontanarsi vistosamente dal modo in cui

---

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 330.

<sup>40</sup> Per un dibattito sulla teoria ferrajoliana dei diritti si vedano i contributi di R. Guastini, M. Jori e A. Pintore in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit.; F. Poggi, *Diritti d'agire, permessi e garanzie*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003, pp. 241-274; cfr. anche M. Carbonell, P. Salazar (a cura di), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005. Per un'analisi dell'approccio di Ferrajoli in materia di conflitti tra diritti: P. Comanducci, *Problemi di compatibilità fra diritti fondamentali*, cit.; J. Moreso, *Ferrajoli sui conflitti tra diritti*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 6, 2006, pp. 133-141; G. Pino, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in «Filosofia politi-

la dogmatica e gli operatori del diritto, nelle loro pratiche argomentative e decisionali, configurano e interpretano le relazioni tra i diritti fondamentali. Sono invece non soltanto concepibili, ma anche probabili e frequenti, conflitti tra distinte categorie e conflitti all'interno della medesima categoria di diritti. La pratica dell'amministrazione dei diritti negli Stati costituzionali contemporanei mostra inoltre come le modalità di collisione siano mutevoli esattamente come mutevoli sono le posizioni normative idonee a generare, a seconda delle circostanze, differenti modalità di protezione degli interessi sottostanti. Si tratta di una linea di argomentazione – quella del filosofo italiano – che appare completamente subordinata alla finalità normativa che la orienta, ossia quella di contrastare la tendenza a enfatizzare la rilevanza dei casi di incompatibilità tra diritti, nonché ad attribuire forza espansiva ai diritti secondari di autonomia (diritti-poteri) a danno degli altri diritti fondamentali<sup>41</sup>.

L'esito più controintuitivo è quello che conduce l'autore a considerare illimitate le immunità, quasi fossero monadi isolate senza alcuna relazione con gli in-

---

ca», 2010, 2, pp. 287-306; Id., *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 56, 1, 2011, pp. 965-997; L. Prieto Sanchís, *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*, in «Doxa», 31, 2008, pp. 325-353.

<sup>41</sup> «“[La] intuizione comune che i diritti confliggano” [si tratta di una critica di Anna Pintore] ed abbiano ciascuno uno “spazio morale” limitato dagli altri, confonde in un'unica problematizzazione e drammatizzazione diritti fondamentali di tipo diverso che occorre invece distinguere analiticamente: a) diritti-immunità illimitati dato che la loro garanzia non interferisce con altri diritti; b) diritti di libertà (distinti dalle mere libertà, che non sono affatto diritti), che incontrano i limiti imposti dalla loro convivenza con i diritti di libertà degli altri; c) diritti sociali i cui limiti non sono nei diritti fondamentali di altro tipo, ma solo nei costi della loro soddisfazione, finanziati dal prelievo fiscale in danno dei diritti patrimoniali; d) diritti-potere, che sono proprio quelli che, in funzione della tutela e della soddisfazione degli altri diritti fondamentali stabiliti dalle Costituzioni, le leggi hanno il compito di sottoporre a limiti, vincoli e controlli giurisdizionali di validità e di liceità» (L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 330).

teressi che giustificano gli altri diritti. Questo assunto, peraltro, è ancora più sorprendente se si considera che Ferrajoli, in realtà, da una parte accoglie la *interest theory*, che, seppur in assenza di un legame di implicazione logica, si può considerare complementare rispetto alla visione dinamica (che concepisce l'insieme delle posizioni di volta in volta giustificate da un diritto come suscettibile di articolazione progressiva); dall'altra, difende una concezione dei diritti come posizioni molecolari complesse, che contengono aspetti positivi e negativi. In questo senso, l'approccio filosofico-politico seguito da Habermas è indubbiamente più coerente, in quanto non pretende di muovere da un piano definitorio ed esplicativo della realtà giuridica.

### III. *Conflitti tra diritti: concetto, struttura e tipologie*

Le strategie di esclusione e di limitazione del conflitto tra diritti che sono state analizzate non sembrano in grado di negare le ipotesi di collisione tra diritti costituzionali. Le considerazioni che seguono costituiscono un tentativo di mostrare come la conflittualità tra i diritti rappresenti un dato costitutivo ineliminabile della realtà giuridica contemporanea.

#### III.1. *Pluralismo e competitività dei diritti*

Come si è visto nel capitolo precedente, in un panorama etico-giuridico caratterizzato da una struttura assiologica plurale, la stessa tecnica di redazione costituzionale dei diritti (la loro formulazione ampia, indeterminata, emotivamente connotata, ecc.), unitamente a determinate caratteristiche strutturali del

costituzionalismo contemporaneo (sovrainterpretazione, interpretazione conforme, ecc.), rende la conflittualità tra valori e principi costituzionali un problema teorico inevitabile. Osserva in proposito Giorgio Pino:

il panorama costituzionale contemporaneo (le carte costituzionali dei paesi democratici, e la pratica della loro interpretazione e applicazione da parte delle rispettive giurisprudenze costituzionali e ordinarie) esibisce alcuni tratti peculiari, e talvolta anche paradossali. Le Costituzioni contemporanee dichiarano infatti molti ed eterogenei diritti fondamentali (sono Costituzioni “lunghe”), fraseggiati in termini assai ampi e indeterminati che rendono necessarie operazioni di specificazione e concretizzazione; inoltre, i diritti sono spesso incompatibili tra loro, raramente o mai sono ordinati in relazioni gerarchiche o di priorità, ma anzi sono posti espressamente su un piano di parità quantomeno formale<sup>42</sup>.

A causa della loro formulazione generica, assiologicamente connotata, e delle caratteristiche strutturali analizzate nel capitolo precedente (uno stesso diritto costituzionale può fondare vari ulteriori diritti, facoltà, pretese e obblighi a carico di terzi, secondo modalità non esattamente predeterminabili), le aree del conflitto tra diritti appaiono inoltre fortemente indeterminate<sup>43</sup>. Le carte costituzionali contemporanee, in quanto progetti organici di (ri)fondazione di un ordine sociale pensato per applicarsi a tutti i cittadini e per un lungo periodo temporale, riconoscono molteplici diritti, provenienti da tradizioni ideologiche eterogenee (democratica, liberale, socialista, ecc.) che esprimono diverse concezioni sostantive del bene, unitamente a diversi valori e interessi collettivi, senza stabilire chiare e definitive relazioni di priorità. In questo contesto, i conflitti tra diritti (principi, valori, interessi) rappresentano una conseguenza logica

---

<sup>42</sup> G. Pino, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, cit., p. 288.

<sup>43</sup> Sull'implausibilità dell'idea di un ordine astratto di priorità tra diritti costituzionali, R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25; A. Marmor, *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1997, pp. 9-14; J. Waldron, *Security and Liberty: The Image of Balance*, in «The Journal of Political Philosophy», 11, 2003, pp. 191-210 (spec. pp. 197-198).

dell'inesistenza di un sistema gerarchicamente ordinato, con riferimento al quale poter risolvere tutte le situazioni che la realtà giuridica può produrre.

### III.2. *La nozione di incompatibilità tra diritti fondamentali*

In prima approssimazione, si può affermare che il conflitto tra diritti<sup>44</sup> consista in un rapporto antinomico, di "inconsistenza logica", tra norme (generalmente principi) attributive di diritti fondamentali, imputabili a soggetti in posizione antagonistica o a un medesimo soggetto, in una situazione tale per cui i doveri implicati non risultano "compossibili"<sup>45</sup>. La nozione di compossibilità è stata sviluppata in maniera sistematica da Hillel Steiner:

[t]he impossibility of rights can assume either of two dimensions: incompatibility may exist between different persons' exercises of different kinds of right; or it may exist between different persons' exercises of the same kind of right. My exercise of my right to free speech may interfere with your exercise of your right to privacy; or my exercise of my right to free speech may interfere with your exercise of your right to free speech. One objection that is sometimes registered to such exemplifications of incompatibility consists in claiming that they enjoy whatever damaging plausibility they appear to possess by trading on what are merely abbreviated descriptions of the rights involved<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Per un'introduzione al tema dei conflitti tra diritti: S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart, Oxford, 2005, pp. 430-436; J. Waldron, *Rights in Conflict* (1989), in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, cit.; A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 179-200; F. Kamm, *Conflicts of Rights: Typology, Methodology and Non-Consequentialism*, in «Legal Theory», 7, 2001, pp. 239-255).

<sup>45</sup> J. Waldron, *Rights in Conflict* (1989), in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, cit., p. 206. Più doveri sono compossibili «if it is possible for all of them to be performed» (*ivi*, p. 205). In argomento, cfr. anche J. Raz, *On the Nature of Rights*, in «Mind», 93, 370, 1984, p. 194.

<sup>46</sup> H. Steiner, *The Structure of a set of Compossible Rights*, cit., p. 768. «A possible set of rights is such that it is logically impossible for one individual's exercise of his rights within that set to constitute an interference with another individual's exercise of his rights within that same set»

Si tratta pertanto di un problema operativo di applicazione delle norme (attributive di diritti fondamentali) che si manifesta all'interno dei sistemi giuridici, laddove non sia possibile soddisfare contemporaneamente tutte le esigenze normative: la soddisfazione di un diritto che appartiene a un individuo  $x$  richiede, per ragioni concettuali o empiriche (*i.e.*, in astratto o in concreto), la non soddisfazione di un altro diritto (che può essere anche un'altra istanza del medesimo diritto) di un individuo  $y$ .

Seguendo Comanducci<sup>47</sup>, si ha un'incompatibilità tra diritti in presenza di due condizioni: 1) se le fattispecie alle quali si applicano sono totalmente o parzialmente coincidenti; 2) se la prima norma ascrive ad una classe di soggetti una modalità attiva e la seconda ascrive, ad un'altra classe di soggetti, la modalità attiva opposta a quella che dovrebbe essere la modalità correlativa della modalità ascritta dalla prima. Si avrà pertanto un rapporto di antinomicità se le circostanze di applicazione delle due norme coincidono, e se le medesime norme riconoscono a due o più soggetti la medesima pretesa normativa, rendendosi in questo modo necessaria una "perdita" o un sacrificio degli interessi tutelati.

### III.3. *Alcune tipologie di conflitto*

#### III.3.1. *La distinzione tra "intra-right conflicts" e "inter-right conflicts"*

Nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo, una prima ipotesi classificatoria è data dall'incompatibilità tra interessi individuali e interessi di altro tipo

---

(*ivi*, p. 769). Cfr. anche S. Besson, *The Morality of Conflict*, cit., pp. 430-436.

<sup>47</sup> P. Comanducci, *Problemi di compatibilità fra diritti fondamentali*, cit., p. 318.

(collettivi, istituzionali, ecc.): si parla in questi casi di conflitti “*inter-valori*”, in cui entrano in gioco diritti o interessi ascrivibili al contenuto di valori costituzionali eterogenei.

Con riferimento alla tipologia di diritti, invece, si distingue abitualmente fra “*intra-right conflicts*” («conflicts between different instances of the same right») e “*inter-right conflicts*” («conflicts between particular instances of different rights»)<sup>48</sup>: i primi sono conflitti tra differenti istanze del medesimo diritto, i secondi sono invece conflitti tra istanze particolari di diritti diversi. Una perspicua rappresentazione di questa distinzione è stata fornita da Samantha Besson:

conflicts can occur among many rights of the same kind or among many different rights. One must therefore distinguish intra-right conflicts from inter-rights conflicts. It is important to see the difference between two types of intra-right conflict, depending on which interests or dimensions of the right are in conflict. Each right may indeed protect different interests which give rise to different duties. For instance, within the right to equality between men and women, the formal dimension of equality may conflict with its material dimension; the right to affirmative action measures is grounded on material equality, but may conflict with formal equality. By contrast, in the context of an organ donation, the right to life of the beneficiary may conflict with the right to life of the donor in extreme cases. In this case, the two rights conflict in the same fashion or with respect to the same protected interests. Conflicts can oppose negative rights. Similarly, when a conflict takes place positive rights or positive and negative rights<sup>49</sup>.

La contrapposizione tra soggetti diversi che dispongono del medesimo diritto può verificarsi, ad esempio, nel caso dei diritti sociali, quando il legislatore

---

<sup>48</sup> Cfr. ad es. J. Waldron, *Rights in Conflict*, cit., p. 217; D. Mendonca, *Los derechos en juego*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 64-65; J. Moreso, «Sobre los conflictos entre derechos», in M. Carbonell (a cura di), *Garantismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 2005, pp. 161-162; L. Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 103-106.

<sup>49</sup> S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, cit., p. 432.

debba decidere se destinare le risorse disponibili ad un certo tipo di prestazione sociale a scapito di un'altra. Può inoltre succedere che il medesimo diritto generi un'inconsistenza logica fra due sue istanze specifiche (per esempio, non è possibile salvare sia *A* che *B*, nonostante ne avrebbero entrambi diritto)<sup>50</sup>.

### III.3.2. *La distinzione tra "conflitti in abstracto" e "conflitti in concreto"*

Nella prospettiva dell'ampiezza (grado, estensione) con cui i conflitti si possono presentare, si utilizza abitualmente la distinzione tra *a*) conflitti *in abstracto* e conflitti in concreto, e *b*) conflitti totali e conflitti parziali.

Un conflitto "*in abstracto*" si produce ogniqualvolta due norme connettono due conseguenze giuridiche incompatibili a due classi di fattispecie, che si sovrappongono dal punto di vista logico-concettuale (prescindendo dunque da qualsiasi controversia particolare). Un conflitto "*in concreto*" si produce invece ogniqualvolta, nel momento dell'applicazione del diritto ad un caso concreto, si riscontra che due norme connettono due conseguenze giuridiche incompatibili (una fattispecie concreta ricade contemporaneamente in due classi di fattispecie). I primi tipi di conflitti dipendono, per così dire, dalla struttura logica e concettuale del linguaggio legislativo; i secondi casi di conflitti dipendono invece dall'evoluzione delle circostanze concrete.

---

<sup>50</sup> A questo proposito, Judith Thompson utilizza l'esempio di una serie di casi in cui una persona è autorizzata a difendere la propria vita uccidendo un innocente, per mostrare che persino il diritto elementare alla vita può entrare in conflitto con lo stesso diritto negativo di un'altra persona (J. Thomson, *Rights, Restitution and Risks. Essays on Moral Theory*, Harvard University Press, Harvard, 1986, pp. 33-48).



### III.3.3. *La classificazione delle antinomie nell'analisi di Ross*

Una classificazione dei conflitti tra diritti attribuiti da principi costituzionali è stata formulata in dottrina a partire dalle analisi sviluppate da Alf Ross, il quale opera una distinzione tra le seguenti categorie: a) 'totale-totale', b) 'totale-parziale' e c) 'parziale-parziale'<sup>51</sup>. a) Quelle del primo tipo sono caratterizzate dal fatto che le norme in conflitto hanno un ambito di applicazione totalmente coincidente, in modo tale che, nel caso in cui sia applicabile una di esse, lo sia anche l'altra, e, posto che stabiliscono conseguenze normative incompatibili, si avrà sempre una collisione. Un esempio classico è il seguente: N1: 'si proibisce fumare all'interno della Facoltà'; N2: 'si consente di fumare all'interno della Facoltà'. b) L'antinomia è 'totale-parziale' quando l'ambito di applicazione di una delle norme viene a far parte di quello dell'altra, che risulta dunque più ampio, in modo tale che, ammesso che sia applicabile la norma più specifica, essa colliderà con la più generica, sebbene permanga la possibilità di applicare la generica senza confliggere con la specifica. Possiamo vedere un esempio. N1: 'si proibisce fumare all'interno della Facoltà'; N2: 'si consente di fumare nella sala dei professori'. Si determinerà un conflitto (all'interno della Facoltà) esclusivamente quando ci troveremo nella sala dei professori, ma non al di fuori di essa. c) Nelle antinomie di tipo 'parziale-parziale', entrambe presentano un ambito di applicazione coincidente in cui si produce e, inoltre, ciascuna di esse dispone di un proprio ambito di applicazione in cui il conflitto non si produce; alcune fatti-

---

<sup>51</sup> Per la distinzione fra antinomie totali-totali, totali-parziali e parziali-parziali, cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia* [1958], cit., pp. 122-123. In argomento, cfr. anche C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* [1980], Giappichelli, Torino, 1996, pp. 242-246.

specie disciplinate da una norma coincidono con alcune delle fattispecie disciplinate (in maniera incompatibile) dall'altra norma<sup>52</sup>.

Le classi di fattispecie regolate dalle due norme in conflitto possono pertanto sovrapporsi *a)* totalmente o *b)* parzialmente: nel primo caso, le due norme connettono conseguenze giuridiche incompatibili alla medesima classe di fattispecie; nel secondo caso, le due norme connettono conseguenze giuridiche incompatibili a due classi di fattispecie. In quest'ultimo caso, si distingue poi abitualmente tra "conflitto parziale unilaterale" e "conflitto parziale bilaterale". Può accadere che (*b.1*) la classe di fattispecie disciplinata da una norma sia interamente compresa, in quanto sotto-classe, nella classe di fattispecie disciplinata (in modo incompatibile) dall'altra norma. Ad esempio, una norma vieta l'aborto, l'altra norma permette l'aborto terapeutico: tutti gli aborti terapeutici sono evidentemente compresi nella classe degli aborti. (*b.2*) Può poi accadere che le due classi di fattispecie si sovrappongano, in modo tale che alcune fattispecie disciplinate da una norma coincidano con alcune delle fattispecie disciplinate (incompatibilmente) dall'altra norma. Ad esempio, la norma N1 detta un qualche regime giuridico per gli atti ministeriali; la norma N2 detta un diverso regime giuridico (incompatibile) per i regolamenti. Ora, in ipotesi, vi sono atti ministeriali che sono al tempo stesso regolamenti, ma non tutti gli atti ministeriali hanno natura regolamentare; d'altra parte, in ipotesi, vi sono regolamenti che sono al tempo stesso atti ministeriali, ma vi sono altresì regolamenti che

---

<sup>52</sup> Pierluigi Chiassoni rileva che le antinomie parziali bilaterali, da un punto di vista logico, possano essere considerate antinomie totali implicite, in quanto l'antinomia intercorre tra due norme non espressamente formulate dal legislatore, ma che sono logicamente implicite in altre norme esplicite: P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 278-279.

non sono atti ministeriali. Il conflitto si presenta solo quando si tratti di decidere il caso relativo ad un regolamento ministeriale.

### III.3.3.1. *Lo sviluppo teorico di Guastini*

Riprendendo questa classificazione, Riccardo Guastini afferma che il conflitto tra principi costituzionali possa essere rappresentato nei termini di un'antinomia normativa di carattere parziale-parziale (o parziale bilaterale), non esattamente predeterminabile e identificabile in astratto<sup>53</sup>. Gli ambiti di validità delle rispettive norme sono parzialmente coincidenti, in modo tale che, in determinati casi di applicazione, si troveranno a confliggere, ma non in tutti, dal momento che entrambi i precetti dispongono anche di un ambito di validità supplementare in cui tale collisione non si produce.

Tuttavia, l'idea che i conflitti costituzionali suscettibili di ponderazione siano riconducibili a un modello unitario tende a scontrarsi con l'indisponibilità di un criterio universalmente condiviso per classificare i principi (assunto peraltro condiviso dallo stesso Guastini). Lo schema elaborato da Alf Ross è pensato per dar conto delle antinomie tra norme in cui si produce una sovrapposizione delle condizioni di applicazione. Sembra pertanto doversi escludere che tale carat-

---

<sup>53</sup> «[D]ue norme, N1 e N2, disciplinano classi di fattispecie che si sovrappongono solo parzialmente. Sicché vi sono fattispecie disciplinate solo da N1, fattispecie disciplinate solo da N2, e fattispecie disciplinate da entrambe le norme: il conflitto nasce soltanto in relazione a queste ultime» (R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, a cura di L. Cabella Pisu, L. Nanni, Cedam, Padova, 1998, p. 97). Sulla tesi della riconducibilità dei conflitti tra principi costituzionali alle antinomie parziali bilaterali in concreto: R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 218 e 252. Per alcuni dubbi in merito: L. Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación*, in Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, spec. pp. 181-188.

terizzazione dei conflitti tra principi possa applicarsi anche al caso di principi costituzionali privi di una tipificazione determinata dei casi di applicazione. Detto in altri termini, mentre nei casi di antinomia parziale-parziale abbiamo la possibilità di definire esaustivamente i casi di conflitto, dal momento che le norme presentano casi di applicazione parzialmente coincidenti che sono conoscibili già a priori, nei conflitti tra principi tale determinazione preventiva risulta indisponibile, poiché le loro condizioni di applicazione non sono precisamente individuabili *ex ante*.

Prieto Sanchís<sup>54</sup>, in particolare, ritiene inadeguata la caratterizzazione dei conflitti tra principi costituzionali come antinomie parziali-parziali, dal momento che in questo tipo di antinomie (come in quelle del tipo totale-totale e parziale-parziale) i casi di collisione possono determinarsi anche a priori. Sarebbe più opportuno – sostiene l'autore – riservare la denominazione '*in abstracto*' per quei casi di conflitto individuabili a priori per ragioni logiche e concettuali, e utilizzare invece la denominazione '*in concreto*' per quei casi di conflitti che obbediscano strettamente a circostanze empiriche, impossibili da catalogare esaustivamente a priori. Diversamente, si può affermare che in un certo senso anche le antinomie totali-totali e totali-parziali sono contingenti, poiché la circostanza che si produca un conflitto dipende dalla presenza di un requisito essenziale, ossia che si dia effettivamente il caso concreto richiesto.

Stabilito questo punto, tuttavia, occorre revocare in dubbio anche la tesi di Prieto, ampiamente diffusa nel dibattito teorico-giuridico, secondo la quale le collisioni tra principi si verificherebbero solo all'interno di casi concreti. Sebbe-

---

<sup>54</sup> L. Prieto Sanchís, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 99-100; Id., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», cit., p. 141.

ne non sia un fenomeno frequente sul piano giurisprudenziale (i diritti costituzionali sono generalmente formulati in termini generici e indeterminati; uno stesso diritto costituzionale può fondare diversi ulteriori e più specifici diritti, facoltà, pretese, e obblighi a carico di terzi<sup>55</sup>), non esiste alcun impedimento teorico per sostenere che vi possano essere conflitti tra principi anche *in abstracto*.

Ad esempio, il conflitto tra l'uguaglianza sostanziale e quella formale può rappresentarsi come un conflitto totale in astratto. Rimane sempre aperta la possibilità teorica di affermare, magari dal punto di vista di un approccio etico-politico liberale, che non sia concettualmente immaginabile alcuna misura di uguaglianza sostanziale che non violi l'uguaglianza formale.

O ancora, la conflittualità che si riscontra nella relazione tra diritti sociali, da una parte, e diritti civili e politici, dall'altra, non deriva, come si avrà modo di spiegare, da una differenza strutturale di carattere ontologico o qualitativo tra distinte tipologie di diritti, quanto principalmente dal diverso fondamento assiologico (la loro finalità ultima) di cui dispongono: i diritti sociali – si potrebbe argomentare – trovano la propria giustificazione nel principio di solidarietà e nell'uguaglianza sostanziale, mentre i diritti liberali classici nella libertà intesa come non interferenza e autonomia. In casi come questi, se si accetta la possibilità di applicare lo schema di Ross ai conflitti tra principi costituzionali, sarà indubbiamente giusto continuare a parlare di antinomia di tipo parziale-parziale, come effettivamente afferma Guastini, anche se risulterà più adeguato considerarla un'antinomia *in abstracto*.

---

<sup>55</sup> Cfr. ad es. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 35-37; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 149, 171.

### Capitolo III. L'alternativa tra coerentismo e pluralismo

#### I. La "dimensione etica sostantiva" dello Stato costituzionale

In seguito al processo di costituzionalizzazione che ha interessato la cultura giuridica dei paesi liberaldemocratici contemporanei, in maniera quantitativa e qualitativamente più consistente rispetto alle disposizioni di rango inferiore, i principi costituzionali attributivi di diritti fondamentali sono soliti rinviare a elementi di carattere sostantivo. Tale fenomeno di stratificazione storico-culturale e politica presenta conseguenze immediate per la loro interpretazione in sede giudiziale, nonché per la loro applicazione a casi concreti.

Nell'assumere ad oggetto il problema (di carattere nomostatico) della struttura formale del complesso di principi, diritti, valori e interessi che caratterizza, quanto al contenuto, gli ordinamenti giuridici costituzionali degli Stati costituzionali contemporanei, saranno parzialmente accolti alcuni suggerimenti metodologici offerti da Bruno Celano, il quale delinea tre ipotesi di ricostruzione razionale, autonoma dal diritto positivo, della "dimensione etica sostantiva"<sup>1</sup> dello Stato costituzionale: a) il modello minimalista, b) il modello "irenista"<sup>2</sup>, c) il

---

<sup>1</sup> Cfr. B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 125-130. La ricostruzione dei modelli teorici operata da Celano si fonda sull'applicazione del "principio di carità" (cfr. D. Davidson, «A Coherence Theory of Truth and Knowledge», in *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, a cura di E. Lepore, Basil Blackwell, Oxford, 1986), che assume la generale coincidenza fra le credenze del parlante e quelle dell'interprete, e sul presupposto della razionalità dei modelli delineati, interpretabili in modo coerente (nel senso della connessione o congruenza del livello discorsivo).

<sup>2</sup> Questa denominazione è stata proposta per la prima volta dallo stesso Celano (*Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Analisi e diritto», 4,

modello particolarista. Desta qualche perplessità, tuttavia, l'inclusione all'interno di questo schema, su un piano di parità rispetto agli altri tentativi di rappresentazione, di un modello quale quello minimalista, il cui spirito è nella maggior parte dei casi apertamente normativo e filosofico-politico. Più adeguata, a questo riguardo, risulta la ricostruzione tassonomica di Giorgio Pino, che, seppur evidenziandone le peculiarità, considera l'approccio minimalista, analogamente a quello irenista, come una sottoclasse concettuale del modello "coerentista".

La classificazione di Celano è poi stata ripresa e integrata da Pau Luque Sánchez<sup>3</sup>, con l'aggiunta di un ulteriore modello, quello del "pluralismo dilemmatico", che sarà considerato unitamente alla ricostruzione particolarista, dal momento che, come si mostrerà, sul piano metaetico fornisce una rappresentazione parzialmente analoga del problema del conflitto tra diritti.

L'elemento di maggior rilevanza, ai fini della presente indagine, è costituito dalla contrapposizione tra quegli orientamenti che concepiscono il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale come governato da pochi valori fondamentali (o addirittura ispirato a un solo valore apicale), intrinsecamente armonici o comunque facilmente componibili, e quelle posizioni che sostengono

---

2004, spec. pp. 65-71) ed è poi stata ripresa da diversi autori (cfr., ad es., M. Barberis, *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 169-193; P. Luque, *La concepción irenista de la Constitución*, in «Isonomía», 38, 2013, pp. 35-65).

<sup>3</sup> Cfr. P. Luque, *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014. Lo stesso Celano ammette che la triade elaborata non esaurisce lo spazio logico delle possibili concezioni dei diritti fondamentali (cfr. B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale*, cit., p. 148, nota 34).

invece che lo Stato costituzionale incorpori una pluralità conflittuale di valori eterogenei<sup>4</sup>.

## II. *Il modello coerentista*

Sul piano etico-giuridico, si può definire “coerentista” quell’approccio che ritiene possibile ottenere un equilibrio stabile dei valori che informano il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale. Tale ordine può emergere, se non in prima istanza, quantomeno in seguito ad un adeguato approfondimento della nostra riflessione etico-giuridica, che dissolva lo strato superficiale dell’apparente conflittualità tra i valori, disvelando la sua struttura intrinsecamente armonica<sup>5</sup>. In base a tale prospettiva, risulta possibile determinare esaurientemente quali siano le proprietà fattuali rilevanti per considerare un singolo caso come un’istanza di un caso generale (o paradigmatico), conoscendo pertanto in anticipo in quali circostanze saranno applicabili determinati valori e principi. In questo modo, gli eventuali casi di collisione tra diritti costituzionalmente sanciti avranno sempre una e una sola risposta pienamente corretta.

---

<sup>4</sup> Per questo motivo, non seguiremo integralmente la classificazione operata da Celano, limitandoci a presentare alcuni esempi.

<sup>5</sup> Impostazioni di questo tipo, che si richiamano a presupposti intuizionisti e cognitivisti, si possono rinvenire in particolare nelle opere di J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980, spec. capp. IV e V; P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* [1983], tr. it., La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, pp. 39, 41, 62, 68. Per una difesa del modello coerentista, S. Hurley, *Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 10, 2, 1990, pp. 221-251; J. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006; per un’analisi critica, J. Raz, *The Relevance of Coherence*, in *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 277-319.



Può essere opportuno, a tal fine, richiamare la posizione di Richard Hare<sup>6</sup>, il quale afferma che di conflitti tra valori abbia senso parlare solo al “livello intuitivo” del pensiero etico, non anche al “livello critico”. Nel primo piano – argomenta l’autore – si dà soltanto un complesso inarticolato, non ancora strutturato, di principi morali, formulati genericamente. Si tratta di uno stadio superficiale del nostro ragionamento morale, che deve essere superato con un esercizio di comprensione che porti a considerare le proprietà rilevanti in maniera tale da non implicare alcuna violazione delle regole della logica standard. La strategia funzionale alla risoluzione dei conflitti tra valori consiste allora nella specificazione delle eccezioni ai principi morali<sup>7</sup>.

Spostando il discorso su un piano teorico-giuridico, solo nel livello critico l’antecedente di una norma potrà contenere una lista esaustiva di tutte le proprietà rilevanti e le eccezioni che occorre conoscere nel caso particolare, in modo tale da rendere la norma stessa integralmente applicabile. Specificare le proprietà rilevanti dell’antecedente di ogni norma consentirà di evitare che la medesima descrizione di un caso particolare sia sussumibile in uno o più casi generici che prevedano conseguenze normative incompatibili tra di loro (*i.e.*, anti-

---

<sup>6</sup> Cfr. R. Hare, *Il linguaggio della morale* [1953], tr. it., Ubaldini, Roma, 1961, p. 56; Id., *Universal Prescriptivism*, in P. Singer (a cura di), *Companion to Ethics*, Blackwell, Oxford, 1991; Id., *Moral Conflicts*, in S. M. McMurrin (a cura di), *The Tanner Lectures on Human Values*, University of Utah Press, Salt Lake City, 1980, vol. I, pp. 169-193; Id., *Moral Thinking: Its Levels, Methods, and Point*, Oxford, Oxford University Press, 1981. Una strategia analoga è sostenuta da F. Toller, *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, in E. Ferrer Mac-Gregor (a cura di), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, vol. II, pp. 1199-1284.

<sup>7</sup> Per alcune prospettive teorico-giuridiche in materia di specificazionismo: H. Richardson, *Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems*, in «Philosophy & Public Affairs», 19, 4, 1990, pp. 279-310; R. Martin, *A System of Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 114-126, 231; D. Mendonca, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 84-85; R. Shafer-Landau, *Moral Rules*, in «Ethics», 107, 4, 1997, pp. 584-611.

nomie normative). Precisando tutte le possibili eccezioni cui un diritto è soggetto, sarà possibile distinguere i casi in cui il diritto si applica realmente, da quelli in cui l'applicazione si richiede solo *prima facie*.

## II.1. *La variante monista*

Una prima variante di tale modello è costituita dal “monismo etico”, secondo il quale tutta l'esperienza giuridica è, o dovrebbe essere, governata da un unico valore superiore. Vi sarebbe, secondo questa prospettiva, una sorta di misura comune a tutti i valori o diritti (la dignità umana), che già *ex ante* fornirebbe i criteri per stabilire una gerarchia assiologica atta a risolvere i casi apparenti di conflitti. Si tratta di un'impostazione che si può rinvenire, ad esempio, in alcune versioni dell'analisi economica del diritto, che considera l'implementazione della ricchezza sociale (la massima efficienza economica e sociale) il valore giuridico supremo. In quest'ottica, il diritto viene quindi visto come un insieme di vincoli e incentivi posti all'operare del singolo, che devono essere continuamente modificati e adattati per permettere all'agente di operare sempre nella massima libertà di scelta e con piena salvaguardia dei suoi e degli altrui diritti.

Altro esempio paradigmatico è dato dalla teoria utilitarista, che assume la massimizzazione del benessere sociale (la somma delle utilità dei singoli) come il criterio essenziale che dovrebbe governare in maniera monocratica l'intero sistema etico-giuridico. In particolare, Jeremy Bentham assume come principio cardine del suo sistema filosofico che il fine supremo dell'individuo e della comunità coincida con la più grande felicità del più grande numero di persone,

unica “misura del diritto e del torto”<sup>8</sup>. La comunità politica altro non è se non «un corpo fittizio composto di persone individuali»<sup>9</sup>, il cui utile consiste nella somma degli interessi dei membri che la compongono. Il principio di utilità rappresenta la legge naturale che regola le azioni umane: la quantità di piacere e di felicità prodotta dalle azioni rappresenta il criterio attraverso il quale è possibile valutare la loro giustizia o ingiustizia.

## II.2. *La variante irenista*

L’irenismo è una teoria pluralista rispetto ai valori o principi che fanno parte del sistema morale di riferimento; è al contempo una teoria monista quanto alle soluzioni corrette individuate per dirimere i conflitti. Il tipo di monismo che sostiene l’irenismo, più precisamente, è atemporale e acontestuale; in altri termini, riguarda la soluzione (conoscibile *ex ante*) da offrire a qualsiasi caso (presente o futuro) di incompatibilità.

Convergono nel considerare armonizzabile la struttura del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale diversi approcci teorici e normativi finalizzati alla prevenzione e marginalizzazione del conflitto mediante un’unica soluzione possibile, stabile e duratura. Giorgio Pino<sup>10</sup> evidenzia che tale impostazione sia in certo modo presupposta da diverse costruzioni dogmatiche della dottrina e giurisprudenza costituzionale, tra le quali, in particolare: le dottrine

---

<sup>8</sup> Cfr. J. Bentham, *A Fragment of government with an Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [1776], Prefazione, 2, Harrison, Oxford, 1948, p. 3.

<sup>9</sup> Id., *An introduction to the principles of morals and legislation* [1789], I, 4-5, Harrison, Oxford, 1948, p. 126.

<sup>10</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 146.

dei “principi costituzionali supremi”, dei “limiti immanenti” o “naturali” dei diritti e del contenuto essenziale dei diritti, l’idea dell’“ordine oggettivo dei valori” costituzionali (*objektive Wertordnung*, nella formulazione della Corte costituzionale tedesca, diffusa anche in Italia come “interpretazione costituzionale per valori”), la distinzione fra limitazione e violazione dei diritti, la fissazione di regole di priorità fra diritti e la specificazione delle eccezioni che l’un diritto comporta per l’altro.

Sul versante della filosofia politica normativa, un esempio di approccio irenista si può rinvenire nella ricostruzione sviluppata da John Rawls in *Una teoria della giustizia*, in cui l’autore istituisce un ordine lessicografico fra principio dell’eguale libertà e “principio di differenza”<sup>11</sup>, proponendosi di individuare un elenco ridotto di libertà fondamentali e beni primari chiaramente definiti, che avranno poi “priorità lessicale” rispetto alle altre considerazioni di eguaglianza e giustizia sociale.

Analogamente, con diverse declinazioni, anche la teoria dworkiniana difende la sostanziale unità dei valori etico-politici delle società liberaldemocratiche (a partire da quella statunitense). In base a questa prospettiva, tutti i diritti natura-

---

<sup>11</sup> Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), tr. it., Feltrinelli, Milano, 1993, pp. 52, 66, 209-215, 255, 441-446. Per una discussione critica, si veda in particolare l’analisi di H. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, in «University of Chicago Law Review», 40, 1973, pp. 536-555.

La preoccupazione fondamentale che ispira la riflessione di Rawls – occorre precisare – è data dall’individuazione di alcuni criteri orientativi di carattere deontologico, alla luce dei quali poter valutare la struttura delle istituzioni politiche, economiche e sociali. L’obiettivo principale in quest’opera è delineare, a partire da una procedura contrattuale ipotetica, alcuni essenziali principi di giustizia, intesi come imperativi categorici che prescindano da scopi particolari o intenti utilitaristici, razionalmente condivisibili per tutti i membri della società in nome dell’universalità umana. In una fase successiva del suo pensiero, l’autore ha poi riformulato i due principi di giustizia, sostituendo, quale fondamento dei principi di giustizia, l’idea della procedura contrattuale con il richiamo a un “consenso per intersezione” (cfr. *Liberalismo politico* [1993], tr. it., a cura di S. Veca, Einaudi, Torino, 2012).

li individuali rappresenterebbero una specificazione di un unico principio apicale: il diritto di tutti i cittadini ad essere trattati con uguale dignità e rispetto, l'esigenza morale dell'eguale considerazione e rispetto dei membri di una comunità politica (*equal concern and respect*).

Il presupposto di fondo è sempre il medesimo: il catalogo dei diritti evidenzia un "nucleo di certezza" intrinsecamente armonico, prioritario rispetto alle altre esigenze sociali o utilità<sup>12</sup>.

Sull'implausibilità (irragionevolezza, insensatezza) di questo modello occorrerà ritornare più avanti. Sia sufficiente osservare, per il momento, che tutte queste teorie evidenziano una debolezza teorica di fondo, consistente nella loro ritrosia a fare i conti con i condizionamenti del diritto positivo: la presenza di valori eterogenei, conflittuali, incompatibili, è un dato ineliminabile del tessuto delle società moderne; persino quello che in principio potrebbe sembrare un valore universale è suscettibile di essere declinato in una pluralità irriducibile di interpretazioni mutevoli<sup>13</sup>. Tuttavia, trattandosi, nella maggior parte dei casi, di proposte normative (o addirittura utopiche) di trasformazione della società, la mera considerazione di questo dato non può costituire un elemento sufficiente per confutare questo metodo di argomentazione.

---

<sup>12</sup> Un orientamento analogo si può trovare anche in J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* [1993], tr. it., Milano, Guerini, 2013.

<sup>13</sup> Cfr., in questo senso, M. Stocker, *Plural and Conflicting Values*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1990; Id., «Abstract and Concrete Value: Plurality, Conflict, and Maximization», in R. Chang (a cura di), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), pp. 196-215.

### II.2.1. La teoria di Moreso

Particolarmente significativa, all'interno di questo approccio, è la teoria della ponderazione tra principi costituzionali elaborata da José Joan Moreso<sup>14</sup>. Gli elementi centrali della sua ricostruzione sono due: la distinzione tra norme defettibili e norme indefettibili, e la nozione di revisione di una norma defettibile. L'argomentazione dell'autore, nonostante assuma talvolta un taglio di carattere etico-normativo, si fonda sull'apparato logico delineato da Carlos Alchourrón in alcuni dei suoi ultimi lavori e sulla teoria dei sistemi normativi elaborata dallo stesso Alchourrón insieme a Eugenio Bulygin<sup>15</sup>. In base a tale approccio, una parte consistente dei principi costituzionali può essere assimilata alle norme defettibili, che possono pertanto essere superate, o messe da parte, da altri princì-

---

<sup>14</sup> Cfr. J. Moreso, "Conflictos entre principios constitucionales", in Id. (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; Id., *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 241-248; Id., *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in J. Betegón et al. (a cura di), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 473-493; Id., *Sobre revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos*", in Id., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Per un'analisi critica del modello di Moreso, si vedano le argomentazioni di B. Celano, *Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 34-46; Id., *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 35, 2005, pp. 174-5; Id., *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, in «Ragion pratica», 2, 2005, pp. 469-490; Id., *True Exceptions: Defeasibility and Particularism*, in G. Ratti, J. Ferrer Beltrán (a cura di), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 268-287.

<sup>15</sup> Cfr. C. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, New York-Wien 1971, spec. cap. VI; C. Alchourrón, *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, in J. Meyer, R. Wieringa (a cura di), *Deontic Logic in Computer Sciences: Normative System Specifications*, Wiley & Sons, New York 1993, pp. 43-84; Id., *Defeasible Logics: Demarcation and Affinities*, in G. Grocco, L. Fariñas del Cerro, A. Herzig (a cura di), *Conditionals: from Philosophy to Computer Science*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 67-102; Id., *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, in «Studia Logica», 57, 1996, pp. 5-18.

pi, ma non abrogate o annullate; norme con condizionali defettibili, che non dispongono di una legge di rinforzo dell'antecedente e non autorizzano inferenze per *modus ponens*. I casi di collisione tra principi costituzionali si presentano solo *prima facie*, al livello di ciò che Alchourrón definisce come "*Master Book*", per poi scomparire una volta che sia stato completato il processo di specificazione del materiale normativo (un complesso limitato di casi, proprietà e azioni).

L'idea di Moreso è di limitare l'analisi a un universo discorsivo e argomentativo composto da alcuni casi concreti (includendo anche i casi paradigmatici, reali o ipotetici) e alcuni principi costituzionali previamente determinati, non all'ordinamento giuridico nel suo complesso, ma a "micro-sistemi" di principi costituzionali. I conflitti (apparenti) tra norme defettibili sono risolvibili, secondo l'autore, in un modo razionalmente controllabile e dunque prevedibile, mediante una revisione stabile<sup>16</sup> (operazione, quest'ultima, soggetta a diversi vincoli formali). In conseguenza della specificazione e della revisione del contenuto dei principi antinomici, si otterranno due nuove norme che saranno, tra loro, compatibili. La ponderazione, in quest'ottica, consiste in un'attività razionale intersoggettivamente controllabile, assimilabile al ragionamento sussuntivo: tramite la revisione dell'antecedente delle norme costituzionali apparentemente incompatibili, s'introducono nuove proprietà rilevanti, identificabili in maniera oggettiva, mediante il riferimento alle nostre intuizioni morali condivise e alla presenza di casi paradigmaticamente giusti o ingiusti. Tale operazione consente, secondo Moreso, una ripartizione coerente e armoniosa dei principi costitu-

---

<sup>16</sup> Sulla possibilità di revisioni stabili, cfr. B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, cit.; L. Prieto Sanchís, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, in Id., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

zionali all'interno del sistema giuridico, in grado di offrire risposte corrette ai casi di apparente collisione tra diritti fondamentali.

Le ragioni che spingono l'autore a sviluppare questo modello – occorre precisare – sono principalmente di ordine normativo<sup>17</sup>, e si potrebbero riassumere nell'obiettivo di garantire una soluzione razionale al problema del conflitto tra diritti fondamentali, attraverso un processo di revisione assoggettabile a vincoli formali. Il modello, tuttavia, non offre ragioni sufficienti per dimostrare la possibilità di riformulare in maniera stabile e definitiva le norme defettibili o per identificare definitivamente l'insieme di proprietà valide. Il riferimento ai casi paradigmatici richiede, tra i vari criteri, il rispetto della clausola "*ceteris paribus*", e non appare idoneo a determinare quali modifiche siano ammissibili.

La teoria di Moreso, analogamente alle altre strategie considerate, sembra fondarsi sulla delimitazione arbitraria dei casi presi in considerazione (l'universo del discorso), nonché del complesso dei principi costituzionali sottoposti a esame. Come mostra Celano, il problema principale, che indebolisce sensibilmente l'efficacia descrittiva del modello, consiste nell'indisponibilità di una "tesi di rilevanza ultima", in linea di principio non soggetta a integrazioni o revisioni; una lista chiusa, definitiva, delle eccezioni e delle proprietà rilevanti ai fini della decisione su come agire; «una specificazione preliminare, esaustiva, dell'universo dei casi possibili, o dell'universo delle proprietà normative»<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. P. Comanducci *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in Id., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003.

<sup>18</sup> B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, cit., p. 72. Per una trattazione di questa tesi, oltre ai già citati studi di Alchourrón e Bulygin, si vedano: J. Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, in «Isonomía», 13, 2000, pp. 87-117; J. Rodríguez, G. Sucar, *Las trampas de la derrotabilidad*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino,



L'ipotesi che le ragioni giustificative siano dotate di un carattere uniforme e invariabile all'interno dei processi decisionali, tali da determinare rigorosamente i limiti dell'argomentazione giudiziale sui diritti fondamentali, implica la disponibilità di una regola di chiusura definitiva. Detto in altri termini, come riconosce lo stesso Moreso, la possibilità di individuare un limite stabile al ragionamento pratico sul materiale giuridico positivo costituisce una *condicio sine qua non* dell'ammissibilità del modello.

Come si cercherà di mostrare all'interno della trattazione del modello particolarista, si tratta di un esito fortemente controintuitivo: fissare un ordine di preferenze tra diritti richiederebbe, tra le altre cose, un consenso generalizzato sui valori che li informano, ciò che risulta indisponibile in un assetto sociale minimamente pluralista, in cui la conoscenza delle proprietà rilevanti del caso può darsi solo a posteriori, all'interno di un caso concreto. L'idea di una gerarchia stabile si scontra poi con un aspetto essenziale degli ordinamenti giuridici contemporanei: la rilevanza dei valori e dei principi costituzionali tende a variare in accordo con l'evoluzione delle circostanze che danno luogo ai conflitti tra diritti fondamentali.

---

1999, pp. 227-305, spec. p. 297; J. Rodríguez, *Axiological Gaps and Normative Relevance*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 86, 2000, pp. 151-167.

Oltre che da Celano, l'implausibilità di questa tesi (anche con riferimento alle regole morali) è stata evidenziata da J. Bayón, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 348-349; Id., *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, in «Isonomía», 13, 2000, pp. 87-120.

### II.3. *La strategia minimalista e i suoi presupposti storico-culturali*

Nello Stato costituzionale contemporaneo, in virtù della sua propensione a incorporare una pluralità di valori, principi e interessi eterogenei<sup>19</sup>, si è verificato un significativo ampliamento del catalogo dei diritti. In questo contesto, pertanto, un rischio sempre incombente è che qualsiasi rivendicazione possa agevolmente trasformarsi in un diritto fondamentale, con una conseguente svalutazione del valore complessivo delle esigenze e degli interessi costituzionalmente riconosciuti. In questo senso, osserva Roberto Bin:

la stonatura è evidente: la vendita dei titoli nobiliari prelude alla perdita del loro significato sociale, e così è pure per lo status costituzionale dei “diritti”. Elargire lo status di diritto costituzionalmente riconosciuto ad interessi che filtrano per la porticina di un’interpretazione spregiudicata, rende assai poco credibile poi il tentativo di spendere questo status per rintuzzare altri interessi antagonisti, privi di titolo nobiliare<sup>20</sup>.

Una perplessità analoga è espressa, tra gli altri, anche da Jeremy Waldron:

even from a liberal standpoint, the worst that can happen is that we start taking rights for granted in moral and political discussion. Few of us want the language of rights to degenerate into a sort of lingua franca in which moral and political values of

---

<sup>19</sup> Sul fondamento politico-culturale pluralista delle costituzioni contemporanee, si vedano in particolare: P. Häberle, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, a cura di E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002; G. Postema, *In Defense of “French Nonsense”. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MacCormick, Z. Bankowski (a cura di), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1989, pp. 107-133; F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, in «UCLA Law Review», 29, 1982, pp. 797-832; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, spec. pp. 16, 170-173.

<sup>20</sup> R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 23-24.

all or any kinds may be expressed. To take rights seriously means to be aware of what is distinctive and controversial about a claim of right<sup>21</sup>.

A partire da queste caratteristiche strutturali, si sono sviluppate negli ultimi decenni alcune teorie che vedono nel fenomeno dell'espansione anomica delle pretese uno dei principali fattori di crisi del costituzionalismo contemporaneo, proponendo per contro una ridefinizione del catalogo dei diritti (e delle garanzie) in una direzione espressamente deflazionista. In base a tale orientamento dottrinale, la moltiplicazione incontrollata delle necessità che ambiscono alla qualifica di diritti rischierebbe di produrre una saturazione dello spazio di autonomia della decisione politica ed economica del Parlamento e dell'esecutivo. In questo contesto, la restrizione degli interessi moralmente e costituzionalmente legittimi è vista come funzionale ad evitare che i veri diritti siano relativizzati ed indeboliti.

La risposta teorica al processo storico-culturale appena delineato tende a presentarsi in due forme separate: 1) un primo approccio, che si potrebbe definire "anticonflittualista", la cui finalità principale è risolvere o arginare il problema dell'incompatibilità tra diritti; 2) un secondo approccio "libertario" ("purista", nella ricostruzione di Celano<sup>22</sup>), che si prefigge invece di restringere il catalogo dei diritti alle libertà fondamentali della tradizione liberale classica. Nonostante vengano talvolta confusi all'interno di un'unica denominazione, è be-

---

<sup>21</sup> J. Waldron, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 91. Al riguardo, cfr. anche: Id., «Introduction», in Id. (a cura di), *'Nonsense upon Stilts'. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 1987, p. 2; D. Lyons, *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 6; L. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 8-9, 15, 163.

<sup>22</sup> B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., pp. 76-83.

ne tenerli distinti a livello concettuale, seppur con la consapevolezza che si tratta di una stipulazione inevitabilmente convenzionale.

Sebbene Celano non lo sottolinei adeguatamente, la peculiarità di questo orientamento, rispetto agli altri modelli di ricostruzione, risiede nella sua dimensione apertamente normativa. Risulta pertanto improprio rilevare, come fa l'autore, che «teorie del genere non possono certamente costituire un buon modello ai fini della ricostruzione dell'insieme di elementi (diritti, valori, principi, interessi) che costituiscono la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto»<sup>23</sup>; per il semplice motivo che in alcun modo esse aspirano a riprodurre la dimensione sostantiva degli ordinamenti giuridici costituzionali o a identificare un "contenuto di senso" quale quello della disciplina costituzionale dei diritti negli odierni Stati costituzionali. Non è dunque opportuno affermare che, se inteso come modello descrittivo, l'approccio minimalista risulta privo di potere esplicativo. E purtuttavia, è sicuramente vero – come si cercherà di mostrare – che il minimalismo rappresenta una soluzione non soltanto empiricamente impraticabile, ma anche concettualmente viziata.

### II.3.1. *Il minimalismo "anticonflittualista"*

Definiamo "anticonflittualiste" quelle proposte normative che forniscono una soluzione formale, analitico-definitoria, al conflitto tra diritti, negandolo pertanto a priori ("in astratto"). Un esempio illuminante di questa prima forma di minimalismo è la teoria di Hillel Steiner<sup>24</sup>, che assume la "compossibilità" (la

---

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 132.

<sup>24</sup> H. Steiner, *The structure of a Set of Compossible Rights*, in «Journal of Philosophy», 74, 1977,

condizione di un esercizio congiunto) dei diritti morali come un requisito per la loro accettabilità, rendendo pertanto i conflitti impossibili per definizione. La finalità essenziale che orienta tale prospettiva è configurare un sistema normativo che includa solo quei diritti che risultano reciprocamente compatibili.

A quest'approccio è opportuno accostare la strategia argomentativa elaborata da Robert Nozick per neutralizzare il conflitto tra diritti. Questo orientamento – occorre rimarcare – si colloca in un più ampio progetto filosofico-politico di trasformazione utopica della società. Esso consiste nel restringere la categoria degli interessi che possono ambire alla qualifica di diritti alle sole libertà negative di astensione, che in tal modo possono operare come “*side-constraints*”: “vincoli collaterali” (“assoluti”) alle possibilità di condotta disponibili agli agenti<sup>25</sup>. I diritti, nella prospettiva dell'autore, indicano quei “confini” che delimitano le legittime e inviolabili sfere di azione dei singoli. Tali sfere non possono essere varcate senza il consenso dell'individuo, per definizione libero di costruire autonomamente i propri piani di vita.

### II.3.2. *Il minimalismo “libertario”*

La Costituzione – sono soliti affermare i critici dello Stato sociale – è un documento giuridico le cui funzioni sono intrinsecamente limitate; se si cerca di rendere vincolanti e giustiziabili tutte le pretese, il rischio principale è quello di

---

pp. 767 ss. Per una difesa della tesi che i diritti negativi siano intrinsecamente (per ragioni logiche) aconflittuali, cfr. C. Fried, *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1978, p. 110.

<sup>25</sup> Cfr. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974. L'elaborazione teorica di Nozick – occorre precisare – può essere ascritta anche alla variante libertaria del minimalismo.

pregiudicare la sua capacità di garantire le libertà negative classiche dello Stato liberale<sup>26</sup>. Spesso queste ricostruzioni attribuiscono poi alla successione storica delle differenti categorie di diritti una netta distinzione strutturale, di natura assiologica, tra diritti negativi, intesi come “auto-esecutivi”, e diritti positivi a prestazioni pubbliche, di credito verso lo Stato. I primi si caratterizzerebbero per imporre mere astensioni allo Stato (evitare di uccidere, torturare, imporre la censura, ecc.), mentre i secondi richiederebbero soprattutto, se non esclusivamente, l’adempimento di obblighi positivi (erogazioni di fondi pubblici, prestazioni nella sfera della sanità o dell’istruzione, ecc.).

A questa distinzione dicotomica si lega l’idea che l’effettività dei diritti socio-economici, culturali e delle ultime generazioni, dipenda in larga misura da scelte di distribuzione della ricchezza nazionale (ad esempio, nel caso dell’assistenza sanitaria o dell’istruzione pubblica), mentre le libertà civili potrebbero essere tutelate indipendentemente dalle condizioni economiche, senza intaccare in alcun modo l’architettura liberale della società. Quest’ultima linea di argomentazione è efficacemente riassunta dalla seguente riflessione di Mauro Cappelletti:

---

<sup>26</sup> Per alcune, distinte, linee di argomentazione che propugnano una restrizione del catalogo dei diritti costituzionalmente riconosciuti alle libertà classiche della tradizione dello Stato liberale: M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2001, spec. p. 57 («human rights is only a systematic agenda of “negative liberty”, a tool kit against oppression, a tool kit that individual agents must be free to use as they see fit within the broader frame of cultural and religious beliefs that they live by»); T. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983.

Per alcuni esempi di critiche al *welfare state* basate su argomenti parzialmente simili, si vedano: C. Offe, *Contradictions of The Welfare State*, The Mit Press, Cambridge (Massachusetts), 1984; F. Hayek, *Law, legislation and liberty*, Routledge and Kegan Paul, London, 1982; J. Troman, *American Values and Social Welfare: Cultural Contradictions in The Welfare State*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1989.

i diritti sociali chiedono un intervento *attivo*, spesso *protratto nel tempo*, dello Stato per la loro attuazione. Diversamente dai diritti tradizionali, per la cui protezione si richiede soltanto che lo Stato non ne permetta la violazione, i diritti sociali – come il diritto all’assistenza sociale e medica, alla casa, al lavoro – non possono essere semplicemente “attribuiti” all’individuo. Essi richiedono al contrario una permanente azione dello Stato, intesa a finanziare sussidi, a rimuovere barriere sociali ed economiche, insomma, a promuovere la realizzazione dei programmi sociali che sono il fondamento di quei diritti e delle aspettative da essi legittimate<sup>27</sup>.

In questo modo, più o meno consapevolmente, la distinzione teorica tra le differenti generazioni dei diritti finisce per convertirsi in una gerarchia valoriale<sup>28</sup>. Tale dicotomia, essendo priva di sostegno logico-concettuale, deve essere respinta. Nelle considerazioni che seguono si evidenzieranno gli insuperabili problemi teorici e concettuali che inficiano il modello minimalista in entrambe le sue declinazioni.

---

<sup>27</sup> M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Feltrinelli, Milano, 1984, p. 29, corsivo nel testo. Naturalmente, non s’intende sostenere che l’approccio di Cappelletti possa considerarsi un progetto filosofico-politico di riforma della società, quanto piuttosto mostrare che anche all’interno di un discorso più strettamente giuridico-costituzionale si possa riscontrare la medesima linea argomentativa.

In argomento, cfr. anche Id., B. Garth, *Access to Justice; the World-wide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, in M. Cappelletti, J. Weisner (a cura di), *Access to Justice*, vol. I, Giuffrè & Sijthoff and Noordhoff, Milano & Alphen aan den Rijn, 1978.

<sup>28</sup> Per alcune ricostruzioni sistematiche del paradigma delle generazioni dei diritti: A. Pérez Luño, *Las generaciones de derechos fundamentales*, in «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 10, 1991, pp. 203-217; Id., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006; Id., *El nuevo paradigma de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, in «Crónica Jurídica Hispalense», 11, 2013, pp. 459-476; M. Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010.

### II.3.3. L'irragionevolezza del minimalismo

Dal momento che si configura come un progetto filosofico-politico di trasformazione della società, l'irragionevolezza del minimalismo<sup>29</sup> non può essere ricercata esclusivamente nella sua impermeabilità ai condizionamenti esercitati dal diritto positivo. Occorre tuttavia rilevare che è sicuramente ingiustificata la pretesa dei teorici del minimalismo di analizzare le relazioni tra i diritti attraverso un'analisi linguistica e concettuale in cui il piano semantico è totalmente avulso dal contesto concreto. Nemmeno dal punto di vista di un'indagine etico-politica sostanziale, pertanto, il minimalismo risulta essere un modello "ragionevole". Si tratta, in definitiva, del medesimo problema teorico che inficia il monismo etico.

Cristopher Wellman, in particolare, nel valutare la proposta nozickiana, rileva che neppure una simile disposizione della trama dei diritti potrebbe escludere

---

<sup>29</sup> Per alcune argomentazioni tese a dimostrare l'implausibilità del modello minimalista, cfr. S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart, Oxford 2005, p. 429; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; Id., *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 53-74; P. Comanducci, "Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali", in Id., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., pp. 320, 326; F. Ferraro, *Il linguaggio dei diritti tra inflazione e scetticismo*, in «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 25-51; P. Luque, *De la Constitución a la moral*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 38-43; A. Marmor, *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1, 1997, pp. 1-18; T. Mazzarese, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in «Ragion Pratica», 1, 2006, pp. 179-208; G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion Pratica», 31, 2008, pp. 393-409; Id., *Crisi dell'età dei diritti?*, in «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 87-119; Id., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 211-215; A. Schiavello, *La fine dell'età dei diritti*, in «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 120-145; C. Wellman, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview, Boulder, 1999.



re la possibilità di conflitti tra diritti negativi<sup>30</sup>. Sulla stessa linea troviamo Bruno Celano, il quale afferma che persino un insieme minimalista di diritti della prima generazione, per risultare sensato, plausibile, dovrebbe includere una pluralità di diritti suscettibili di entrare in conflitto tra di loro (di produrre conflittualità tra i doveri correlativi), nonché la fissazione di clausole aperte, limitazioni e “termini etici spessi”<sup>31</sup>. La posizione dell’autore si può rinvenire nel seguente esempio:

una disciplina costituzionale dei diritti che implicasse che qualsiasi limitazione normativa, o qualsiasi impedimento di fatto, alla manifestazione del proprio pensiero, sotto qualsiasi condizione e in qualsiasi circostanza, costituisce una lesione del diritto, costituzionalmente sancito, alla libera manifestazione del proprio pensiero, sarebbe, banalmente, assurda: un nonsenso<sup>32</sup>.

L’idea secondo la quale i diritti di libertà richiedono esclusivamente un dovere di omissione da parte delle istituzioni pubbliche è priva di sostegno logico-concettuale<sup>33</sup>. Questa linea di argomentazione implica una rappresentazione

---

<sup>30</sup> «[R]ejecting positive rights cannot solve the problem of rights conflict» (C. Wellman, *On Conflicts Between Rights*, cit., p. 273).

<sup>31</sup> B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., pp. 85-96. Per un’argomentazione analoga, tesa a dimostrare l’inevitabilità dell’inclusione di termini etici spessi nella formulazione dei principi costituzionali: S. Blackburn, *Ruling Passions. A Theory of Practical Reasoning*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 226, 308-309; S. McKeever, M. Ridge, *Principled Ethics. Generalism as a Regulative Ideal*, Oxford University Press, Oxford, 2006; D. McNaughton, P. Rawling, *Unprincipled Ethics*, in B. Hooker, M. Little (a cura di), *Moral Particularism*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2000.

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 88.

<sup>33</sup> Sottolineano la valenza storiografica (ricostruttiva, descrittiva) dello schema generazionale: R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25; Id., *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in A. Pérez Miras, G. Taruel Lozano, E. Raffiotta (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Aranzadi, Madrid, 2013; A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 50; E. Rabossi, *Las generaciones de derechos humanos; la teoría y el cliché*, «Lecciones y Ensayos», 69-71, 1997-98, pp. 41-52; C. Welmann, *Solidarity, the Individual and Human Rights*, in «Human Rights Quarterly», 22, 2000, pp. 639-641.

semplicistica, stilizzata, della gestione degli oneri finanziari da parte dello Stato. La pratica dell'amministrazione dei diritti evidenzia come la giustiziabilità di qualsiasi diritto, in realtà, richieda sempre l'attivazione di un complesso di garanzie giurisdizionali o "secondarie"<sup>34</sup> da parte dei soggetti pubblici. Il ricorso diffuso a tecniche ponderative, test di proporzionalità e criteri di ragionevolezza, le continue restrizioni e regolamentazioni che le Corti costituzionali applicano a tutti i tipi di diritti non fanno altro che dimostrare che anche l'esercizio dei diritti di libertà è graduabile, vincolato alle risorse materiali e giuridiche congiunturalmente disponibili.

Per effetto della loro struttura nomodinamica, tutti i diritti fondamentali – e dunque anche i diritti civili e politici tradizionali – esigono sempre, ai fini della loro attuazione, una complicata opera di amministrazione, che passa attraverso la creazione di appositi istituti, normative e regolamenti, la predisposizione di risorse finanziarie e infrastrutture, la mediazione di apparati burocratici, amministrativi e giudiziari ecc. Paradigmatico, in questo senso, è il caso del diritto alla salute che, oltre a includere l'elemento dell'autodeterminazione sanitaria (la "libertà di"), rimanda ai tradizionali diritti-immunità (in quanto aspettativa di non lesione della propria integrità psico-fisica) e ai diritti sociali (in quanto aspettativa di ricevere prestazioni sanitarie adeguate). Un altro esempio è dato dal diritto di difesa, che da una parte comprende la libertà di compiere un'ampia serie di comportamenti attinenti alla difesa in giudizio; ma, d'altra parte, presuppone diverse prestazioni positive. Infine, si può pensare al caso dei diritti di partecipazione democratica, i quali nella prassi richiedono ben di

---

<sup>34</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 26-33; Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 196-197, 668-695 (spec. p. 673).

più di mere astensioni da parte dello Stato, rendendosi necessarie quelle strutture politiche che forniscano uno spazio adeguato alla partecipazione popolare. Scrive in proposito Waldron:

[r]eflection on the rights of the citizen also undermines the other claim about individualism – the claim that first generation rights call only for inaction, rather than collective intervention, by the state. In fact, rights to democratic participation require much more than mere omissions by the state. They require officials to approach their task in a certain spirit, and they require the establishment of political structures to provide a place for popular participation and to give effect to people's wishes, expressed by voting and other forms of pressure<sup>35</sup>.

Parallelamente, nemmeno i diritti socio-economici, culturali e dell'ultima generazione possono esaurirsi in meri obblighi positivi: quando i titolari abbiano già avuto accesso al bene che costituisce l'oggetto del diritto in questione, il potere statale continuerà ad avere l'obbligo di astenersi dal realizzare quelle condotte che potrebbero danneggiarlo (si pensi ad esempio alla libertà di organizzazione sindacale o al diritto di sciopero), utilizzando apposite misure di controllo per prevenire e sanzionare eventuali violazioni<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> J. Waldron, *Can Communal Goods be Human Rights?*, in Id., *Liberal Rights: collected papers 1981–91*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 343. «[E]ven with regard to those first generation rights which are not participatory, it is seldom merely *inaction* that is called for» (*ivi*, p. 344).

<sup>36</sup> «[I]f the point of a given right is to ensure that a certain choice can actually be exercised at a certain time [...], then it seems clear that facilitating the exercise may be sometimes as important as not obstructing it» (*ivi*, p. 9). «[O]ne and the same right may generate both negative and positive duties [...] it is impossible to say definitively of a given right that it is purely negative (or purely positive) in character» (*ivi*, p. 214).

Tom Campbell descrive questa acquisizione teorica nei termini di una transizione dal “*torture paradigm*” (il mero obbligo di astensione nell’esercizio di un diritto) all’“*health care paradigm*” (l’obbligo di intervento attivo per proteggere un diritto). Cfr. T. Campbell, *Human Rights : A Culture of Controversy*, in «Journal of Law and Society», 26, 1999, pp. 18-20.

#### II.3.4. Due modelli di relazioni tra diritti negativi e positivi

Con riguardo al contenuto dell'azione o dell'omissione che costituisce l'oggetto dei diritti soggettivi, possiamo distinguere tra "diritti positivi" – «diritti (pretese) ad una azione positiva altrui» – e "diritti negativi" – «diritti (pretese) ad una omissione o astensione altrui»<sup>37</sup>: i primi assumono ad oggetto una condotta del titolare del diritto (libertà e poteri); i secondi assumono come contenuto una condotta di un soggetto differente dal titolare (pretese e immunità). Tale distinzione – occorre precisare – coincide solo in parte con quella tra libertà negative e positive: in particolare, nella trattazione classica di Isaiah Berlin<sup>38</sup>, la libertà positiva si riferisce principalmente al principio di autodeterminazione politica (*self-government*), senza presentare alcun legame specifico con i tradizionali diritti positivi di partecipazione democratica, i quali, tra le altre cose, esigono la predisposizione di strutture politiche che forniscano uno spazio di espressione alla partecipazione popolare.

---

<sup>37</sup> G. Pino, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2009, pp. 497-498. Su questa distinzione, si vedano anche: V. Abramovich, C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, in «Teoría y realidad constitucional», 12-13, 2003, pp. 691-697; J. Ansuátegui, *Rivendicando i diritti sociali*, Esi, Roma, Napoli, 2014; T. Casadei, *I diritti sociali: un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012, spec. pp. 42-46; E. Diciotti, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in «Quaderni costituzionali», 4, 2004, pp. 733-762; J. Feinberg, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, New Jersey, 1973, pp. 59-60; J. King, *Judging social rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, spec. pp. 4-5; N. McCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 123-130; G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 37-77; A. Ruiz Miguel, *Derechos liberales y derechos sociales*, in «Doxa», 15-16, 1994, pp. 651-674.

<sup>38</sup> Cfr. I. Berlin, *Two concepts of liberty : an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1958.

Ora, uno dei meriti dell'analisi sviluppata dagli statunitensi Cass Sunstein e Stephen Holmes nell'opera *"The Cost of Rights"* è quello di sottolineare, soprattutto con argomenti di diritto tributario, la radice ideologica della distinzione (qualitativa, strutturale) tra diritti costosi (positivi) e gratuiti (negativi). Quanto evidenziano gli autori è che, nella prassi, la tutela di tutti i diritti richiede sempre un intervento istituzionale da parte degli organi pubblici preposti che utilizzino specifiche risorse economico-finanziarie. Su queste basi – argomentano Sunstein e Holmes – la stessa distinzione tra diritti negativi e positivi si rivela fallace.

Questa tesi si può pertanto considerare solidale con il tentativo di attribuire la stessa dignità teorica alle differenti tipologie di diritti costituzionalmente riconosciuti. Il difetto principale di questa impostazione è di inferire, attraverso una violazione della legge di Hume (la confusione concettuale tra validità ed efficacia), l'inesistenza normativa di un diritto a partire dalla sua ineffettività congiunturale<sup>39</sup>. Per non incorrere in questa aporia, sarebbe più adeguato concepire l'apparato giurisdizionale delle garanzie come parte integrante del perimetro protettivo dei diritti<sup>40</sup>, e non della loro struttura concettuale.

Un altro problema del ragionamento sviluppato risiede nel suo orientamento totalmente statocentrico: esso tende infatti a trascurare che, dal punto di vista

---

<sup>39</sup> «An interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it» (S. Holmes, C. Sunstein, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, London, 1999, p. 17).

<sup>40</sup> Sull'idea del perimetro protettivo: H. Hart, *Legal Rights, Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 171-173. Per alcuni sviluppi concettuali più recenti: M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, pp. 11-12; C. Wellman, *Interpreting the Bill of Rights : Alternative Conceptions of Rights*, in Id., *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer, Dordrecht, 1997, p. 239; Id., *The Proliferation of Rights*, cit., pp. 8-9 (che distingue tra "core" e "associated elements" di ogni diritto).

dei soggetti titolari, anche le omissioni dello Stato rappresentano un “costo”. Senza dimenticare, poi, che gli stessi fondi pubblici utilizzati possono costituire un investimento produttivo per aumentare il benessere collettivo. A questo proposito, riprendendo parzialmente una tesi di Amartya Sen (e prima ancora di Tocqueville) – che evidenzia il nesso tra lo sviluppo economico, industriale e tecnologico di Giappone e Cina all’inizio del XX secolo e gli investimenti in istruzione e ricerca scientifica effettuati nel periodo precedente –, Luigi Ferrajoli ha opportunamente sostenuto che «se è vero che i diritti fondamentali costano, è anche vero che costano assai di più le loro violazioni e le loro inadempienze»<sup>41</sup>. Soprattutto nelle democrazie contemporanee, caratterizzate da uno stretto nesso tra progresso economico, culturale e tecnologico il riconoscimento e la tutela di diritti essenziali come l’alimentazione, la previdenza, la sanità o l’istruzione costituiscono una base della sopravvivenza individuale, ma anche dello sviluppo economico-sociale complessivo.

---

<sup>41</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2, cit., pp. 67-71; A. Sen, *Resources, Values and Development*, Harvard University Press, Harvard, 1984.

In *Principia iuris* Ferrajoli afferma che tutti i diritti fondamentali richiedano prestazioni pubbliche attive che incidono sulle finanze pubbliche. Questo riconoscimento, tuttavia, mal si concilia con l’idea, parimenti difesa dall’autore, che alcuni diritti fondamentali siano illimitati, mentre altri trovino limitazioni solo in diritti fondamentali altrui (e mai invece, ad esempio, nella disponibilità delle casse dell’erario). Come si è visto, l’autore distingue infatti tra: i) diritti-immunità, illimitati, la cui garanzia non interferisce con altri diritti; ii) diritti di libertà, intesi come “libertà di”, che incontrano solo il limite imposto dalla loro convivenza con i diritti di libertà degli altri, arrivando in alcuni casi sporadici a confliggere anche con diritti fondamentali di altro tipo; iii) diritti sociali, che incontrano limiti nei costi necessari ad assicurarne il soddisfacimento, tramite il sacrificio di diritti patrimoniali; ivi) diritti di autonomia o diritti-poteri (i diritti civili e politici), destinati a confliggere con i diritti appartenenti ad altri soggetti, sebbene, da un punto di vista strettamente giuridico (nomodinamico), non possano entrare in conflitto con gli altri diritti fondamentali, in quanto sono costitutivamente delimitati da questi ultimi. Cfr. soprattutto L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., pp. 292-295, 328-330; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 756-757, vol. 2, pp. 73-74.

Infine, nonostante l'amministrazione dei diritti fondamentali evidenzii effettivamente la pervasività della dimensione prestazionale, su un piano logico-concettuale rimane comunque la possibilità di mantenere la distinzione tra diritti negativi e positivi: mentre nel primo caso, non potendosi considerare una necessità logica derivante dalla struttura concettuale del diritto stesso, il legame con la dimensione prestazionale presenta un carattere empirico, nel secondo caso è l'essenza stessa del diritto a richiedere interventi positivi da parte di tutti i membri della comunità.

L'orientamento che evidenzia l'impossibilità concettuale di distinguere tra diritti negativi e positivi è stato criticato, ad esempio, da John Searle. Con le parole dell'autore:

[t]here will indeed be cases when the exercise of negative right is expensive for the community, and one may have to decide what sorts of considerations will restrict the *implementation* of the negative right. But there is nothing in the very content of the right itself that requires a positive effort on the part of the community, only the requirement that the exercises of the right be left alone to exercise their right. In the case of positive rights, however, it is part of the very essence of the right, part of the very content of the right, that it requires costly efforts for all the members of humanity<sup>42</sup>.

Ad esempio, seguendo questa linea argomentativa, il diritto alla libertà d'espressione, in astratto si potrà considerare come autonomo e autosufficiente; tuttavia, nella pratica della sua disciplina costituzionale, ai fini della sua implementazione, sarà poi necessario che la comunità politica adotti determinate misure che ne garantiscano l'esercizio.

---

<sup>42</sup> J. Searle, *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 194, corsivo nel testo.

Le due prospettive potrebbero considerarsi speculari, almeno per un aspetto: Sunstein e Holmes, da una parte, si prefiggono di spiegare il funzionamento empirico dell'amministrazione dei diritti; Searle si muove invece su un piano di filosofia politica normativa. Sebbene la distinzione tra diritti negativi e positivi possa comunque continuare a rappresentare un utile strumento euristico sul piano dell'analisi teorico-giuridica, occorre non perdere di vista il dato essenziale che anche l'interpretazione in astratto dei diritti è sempre, necessariamente, condizionata dal riferimento a casi concreti<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Nella trattazione classica di Guastini, l'interpretazione "in astratto" ("orientata ai testi") consiste «nell'identificare il contenuto di senso – cioè il contenuto normativo (la norma o, più spesso, le norme) – espresso da, e/o logicamente implicito in, un testo normativo (una fonte del diritto) senza riferimento ad alcuna fattispecie concreta»; di contro, l'interpretazione "in concreto" ("orientata ai fatti") consiste «nel sussumere una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma previamente identificata "in astratto"» (R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 15-16; cfr. anche, con qualche divergenza, Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 83, n. 16). La medesima distinzione si può trovare anche in L. Ferrajoli, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 43, 1, 1966, pp. 290-304; A. Ross (interpretazione "mediante il significato" e interpretazione "mediante verifica") *Diritto e giustizia* [1958], tr. it., Einaudi, Torino, 1965, p. 111. Per una trattazione delle tesi guastiniane, cfr. invece: E. Diciotti, *Norme espresse e norme inesprese. Alcune osservazioni sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2013, pp. 77-102. Tracce di questa distinzione, infine, si possono trovare in A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987; J. Wroblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, A-Tieto Oy, Helsinki, 1983.

Giorgio Pino, in particolare, rileva la problematicità della dicotomia interpretazione in astratto/interpretazione in concreto, stante la precarietà della distinzione tra analitico e sintetico, e la difficoltà di separare logicamente le dimensioni del senso e del riferimento nel processo di individuazione/costruzione del significato (cfr. G. Pino, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 1, 2013, pp. 77-102). Su quest'ultimo punto, una critica analoga è contenuta in V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 184-187.



### II.3.5. La pariteticità dei diritti nella prospettiva della *interest theory*

Un'ipotesi di superamento dei problemi teorici generati dalla rigida identificazione tra diritti e obblighi giuridici è offerta dalla *interest theory*, che rappresenta una delle principali acquisizioni della *jurisprudence* anglosassone della seconda metà del XX secolo.

Come noto, la "rivolta contro l'ortodossia" hartiana e hohfeldiana affonda le proprie radici principalmente in alcuni lavori degli anni Settanta di Neil MacCormick (successivamente ripresi in particolare da Joseph Raz, Matthew Kramer e Jeremy Waldron), in cui l'autore muove una serie di obiezioni alla teoria hartiana, optando di contro per una visione "dinamica" (post-hohfeldiana) dei diritti, intesi come "situazioni favorevoli" di carattere argomentativo o giustificativo. Seppur brevemente, è opportuno soffermarsi su alcune premesse che hanno portato alla formulazione di questa proposta teorica.

Analizzando la particolare versione della "*will*" o "*choice theory*" sostenuta da Bentham, Hart<sup>44</sup> afferma che essere beneficiario del compimento di un obbligo giuridico non costituisca una condizione necessaria né sufficiente per essere titolare di un diritto correlativo a questo obbligo (mentre è necessario e sufficiente che il titolare abbia dei poteri di controllo e disposizione sull'obbligazione correlata a quel diritto). La visione del diritto soggettivo «centred on the notion of a legally respected individual choice» non esaurisce la nozione di diritto giu-

---

<sup>44</sup> Cfr. H. Hart, *Are there Any Natural Rights* [1955], in J. Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 35; Id., *Legal Rights* (1973), ried. in id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 183-189; cfr. anche H. Hart, *Legal Rights*, in Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 188-192. Sulla posizione assunta da Hart a partire dal 1955, cfr. J. Waldron, *Can Communal Goods be Human Rights?* [1987], in *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 366-367.

ridico, in quanto non fornisce indicazioni adeguate per tutti quei casi in cui si utilizza il linguaggio dei diritti per riferirsi a bisogni umani fondamentali, libertà e benefici considerati essenziali per la conservazione della dignità dell'individuo. Questo si verifica principalmente in due contesti: quello dei sistemi costituzionali rigidi in cui i diritti stabiliscono dei limiti formali e sostanziali per il legislatore, e nella "critica morale dei diritti" riferita ai bisogni umani fondamentali, ossia in un contesto differente rispetto a quello che caratterizza il vocabolario "standard" dei diritti.

Tale prospettiva, concentrandosi sulla nozione di scelta individuale protetta dal diritto, non può considerarsi esaustiva rispetto alla nozione di diritto soggettivo (giuridico)<sup>45</sup>; rimane così aperto lo spazio concettuale per quanti ritengono che il nucleo della nozione di diritto soggettivo non sia costituito dalla possibilità di scelta da parte dei titolari del diritto, ma dalle necessità fondamentali.

Basandosi su questa intuizione, sarà poi MacCormick a decostruire la teoria standard, con una strategia che consiste nell'addurre una serie di controesempi tesi a dimostrare che alcuni titolari di diritti possono non avere potere sugli obblighi correlativi di altri soggetti. L'esempio paradigmatico dell'autore è quello dei diritti dei bambini: è sensatamente possibile affermare che ciascun bambino abbia diritto a ricevere un'educazione, senza sapere ancora con precisione chi debba avere l'obbligo corrispettivo e il potere di fornirgliela<sup>46</sup>. Un secondo esempio fa invece riferimento ad altri titolari di diritti, in particolare nel campo

---

<sup>45</sup> H. Hart, *Legal Rights*, cit., p. 189.

<sup>46</sup> N. MacCormick, *Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights*, cit., pp. 305, 313. In argomento, si vedano le analisi di I. Fanlo Cortés, *I bambini e i diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino, 2008. Per una ricostruzione del dibattito Hart-MacCormick, cfr. B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., spec. pp. 54-65.

delle relazioni lavorative e delle contrattazioni, che sono dotati di piena capacità di agire, ma che per diversi motivi non utilizzano alcun potere per scegliere tra il compimento o il non obbligo correlativo<sup>47</sup>. Secondo MacCormick, pertanto, le disposizioni giuridiche non costituiscono di per sé un diritto, ma gli danno attuazione «because they protects and further the rights of children»<sup>48</sup>.

La *choice theory* appare inadeguata a render conto della possibilità di attribuire diritti anche a soggetti che non siano in grado di esprimere una volontà, nonché dell'esistenza di diritti indisponibili a cui il titolare non può rinunciare. Di contro, la *interest theory* è in grado di includere tra le possibili giustificazioni dei diritti un ventaglio di giustificazioni più ampie rispetto alla protezione della libertà di scelta individuale.

A conclusione di questo breve percorso, si può considerare la ricostruzione che di questo orientamento fornisce Andrei Marmor:

[t]he interest theory of rights [...] is an account of the nature of rights as such. Basically, the theory maintains that A's having a right to something means that there is an aspect of A's well-being (i.e., an interest of A) important enough to justify imposing a duty on some other person(s) in respect to that interest. The most important element in this conception of rights is the justificatory relation it maintains between rights (or the grounds for rights) and duties. As opposed to the traditional Hohfeldian analysis, which conceived of a right to be correlative to a duty, the interest theory holds the right to be the normative ground for the imposition of duties. In other words, the relation between a right and its corre-

---

<sup>47</sup> N. MacCormick, *Rights in Legislation*, in P. M. S. Hacker, J. Raz (a cura di), *Law, Morality and Society*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 196-197.

<sup>48</sup> N. MacCormick, *Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights*, cit., p. 308. Lo stesso MacCormick, ad ogni modo, non disconosce la rilevanza della scelta individuale nell'esercizio del diritto: «[i]t is certainly true that apart from such cases as those of children or the mentally incapacitated, the holder of a legal right is normally permitted and empowered in law to choose whether or not on any given occasion he should avail himself of his right» (N. MacCormick, *Children Rights*, cit., p. 314).

sponding duty (or duties, as we shall see below) is not symmetrical; the relation is a justificatory one. Rights justify the imposition of duties but not vice versa. Consequently, two further aspects of the Hohfeldian thesis of correlation between a right and a duty should be modified. First, it should be noted that a right may often provide the grounds for the imposition of numerous duties on others, and not only one. If A has a right to x, then A's interest in x is a good reason for imposing various duties on others; namely, all those duties which are reasonably required to secure A's interest in x. Secondly, the duties imposed on the basis of one and the same right may vary from case to case, depending on the particular context and circumstances, what Raz dubbed the 'dynamic aspect of rights'. [...] These are matters that would certainly affect our judgment about the kind of duties that should be imposed on the state with respect to the right to freedom of speech. But it is not the nature of the right that varies here but only the nature of the duties required to secure the right. The essential point is, however, that *rights are grounded in the interests of the potential right holder*, and that *duties are grounded in rights*<sup>49</sup>.

L'imposizione di un obbligo presuppone che determinati soggetti saranno trattati in modo tale da favorire il raggiungimento di un fine specifico che non coincide con il loro interesse. Una fondazione adeguata dovrà invece fare appello a necessità, interessi, valori o beni del soggetto, considerati sufficientemente importanti da giustificare l'attribuzione di una serie di posizioni hohfeldiane (pretese, libertà, poteri, immunità), e per imporre agli altri soggetti le posizioni correlative idonee a tutelarli.

Come sottolinea Waldron<sup>50</sup>, i principi costituzionali che stabiliscono diritti comportano una miriade di doveri suscettibili di entrare in conflitto tra loro, dei quali non è possibile stabilire a priori tutte le proprietà rilevanti. Nel caso del *free speech*, ad esempio, oltre alla non-pretesa correlativa, sorgeranno intere ondate (*waves*) di altri doveri (istruire i cittadini sui benefici della libertà di espres-

---

<sup>49</sup> A. Marmor, *On the limits of rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1997, pp. 3-4, corsivo mio.

<sup>50</sup> J. Waldron, *Rights in Conflict*, in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 203-224.

sione, garantire il più ampio accesso ai mezzi di comunicazione, evitare la formazione di monopoli ecc.), da cui derivano poi ulteriori diritti soggettivi.

In questi termini, i diritti si configurano come esigenze morali pre-positive che costituiscono il nucleo germinale di una pluralità multiforme di posizioni soggettive e doveri (*"grounds of duties"*), rispetto ai quali sono dotati di una priorità logica e assiologica; posizioni molecolari complesse, che contengono sia elementi "positivi" che "negativi", e da cui promanano varie "ondate" di specifiche posizioni soggettive mai predeterminabili con precisione<sup>51</sup>. Il vantaggio principale di questa linea di ricostruzione consiste nella sua idoneità ad attribuire la medesima dignità teorica, in linea di principio, a tutti i diritti, anche nei casi in cui non siano ancora stati accolti da un ordinamento giuridico positivo e la loro rivendicazione<sup>52</sup> abbia senso solo dal punto di vista della critica morale

---

<sup>51</sup> Sull'idea dei diritti come posizioni "molecolari": W. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali* [1913-1917], tr. it., a cura di M. Losano, Einaudi, Torino, 1969; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 201; J. Waldron, *Introduction*, in J. Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, cit., pp. 10-11; G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'*, cit., pp. 109-114; J. Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1990, pp. 55 ss. (alcuni diritti sono *cluster-rights*, agglomerati di posizioni hohfeldiane, «rights that contain other rights»); J. Raz, *Legal Rights*, cit., pp. 254-276; N. McCormick, *Rights in Legislation*, cit. pp. 198-209; J. Waldron, *Rights in Conflict*, cit., spec. pp. 212-214; Id., *The Right to Private Property*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 84 ss.; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., spec. pp. 41-44.

<sup>52</sup> Secondo Joel Feinberg, la specificità del linguaggio normativo dei diritti consiste nella loro *"activity of claiming"*. In questa prospettiva, una pretesa rappresenta un atto performativo attraverso il quale l'individuo si sente "in diritto" di avere aspettative sugli altri (cfr. J. Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, in «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, p. 252; Id., *The Social Importance of Moral Rights*, in «Philosophical Perspectives», 6, 1992, pp. 175-198).

In argomento, si vedano anche: M. Kramer, *Rights without Trimmings*, in *A Debate over Rights*, a cura di Id., N. Simmonds, H. Steiner, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 45 («we can attribute a right to someone even if we cannot yet specify how the right should be fleshed out – and therefore even if we cannot yet specify the person against whom the right will be held»); D. Regan, *Duties of Preservation*, Princeton University Press, Princeton, 1986, p. 197 («if talk about

del diritto.

### III. *Il modello particolarista*

In un lavoro di carattere metateorico sulla contrapposizione tra universalismo e particolarismo, María Cristina Redondo mostra come esistano due modelli fondamentali di ragionamento pratico (e di argomentazione): un ragionamento generalista e un ragionamento di carattere particolarista in cui la conclusione deontica è soggetta a un bilanciamento degli argomenti contrapposti. Siamo di fronte a due posizioni logicamente incompatibili, che evidenziano un disaccordo insanabile circa l'esistenza di norme e "ragioni per l'azione" invariabilmente rilevanti. Nel ragionamento del primo tipo – scrive l'autrice – «el agente que razona sobre la base de normas no puede tomar en cuenta otras propiedades o consideraciones que no sean las establecidas por un conjunto determinado y cerrado *ex ante*»; nel secondo, invece, «cualquier consideración podría llegar a ser una razón válida y todas las razones válidas deben sopesarse y compararse entre sí para establecer lo que es correcto hacer en un caso particular»<sup>53</sup>.

---

rights is merely disguised talk about duties, then rights cannot be the basis for duties. This is as true of duties regarding nature as of duties regarding humans. On the other hand, if we try to find a notion of rights that has enough substance to be a genuine basis for duties, we are driven to thinking about rights as protections of some sort for the activities of rational, moral agents. It is clear that few or no nonhuman entities have rights of this sort»).

<sup>53</sup> M. Redondo, *El ideal de las acciones basadas en normas jurídicas*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 102.

Si tratta – argomenta Redondo – di un’alternativa fra due forme ideali di ragionamento che, sul piano analitico-concettuale, sono egualmente valide e coerenti; l’inclinarsi per uno dei due modelli avviene inevitabilmente sulla base di valutazioni sostanziali, etico-politiche. Scrive al riguardo Redondo:

the particularist or universalist character of legal reasons depends on the way in which legal operators conceive of the law. Provided that both models are logically and empirically viable, it could be a matter of choice. Certainly, a choice linked to important conceptual and substantial consequences<sup>54</sup>.

Questa ricostruzione non convince. È logicamente ed empiricamente possibile che, in relazione a una determinata decisione giuridica, si segua un criterio universale di risoluzione delle antinomie, ma non è ragionevole, per ragioni epistemiche relative alla necessaria limitazione delle nostre conoscenze, ritenere che tale ragionamento non sia in linea di principio soggetto alla possibilità di revoca.

A differenza di qualsiasi concezione sussuntivista, l’approccio particolarista sostiene che il ragionamento morale non rappresenti una catena inferenziale perfetta e i casi generici siano sempre suscettibili di presentare eccezioni<sup>55</sup>. Come l’irenismo, anche il particolarismo afferma che i conflitti tra valori o principi

---

<sup>54</sup> Id., *Legal Reasons: Between Universalism and Particularism*, in «Journal of Moral Philosophy», 2, 1, 2005, p. 145.

<sup>55</sup> Per un dibattito sul particolarismo etico, si vedano soprattutto: W. Sinnott-Armstrong, *Some Varieties of Particularism*, in «Metaphilosophy», 1999, pp. 1-12; J. McDowell, *Mind, Value, and Reality*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1998; S. McKeever, R. Ridge, *Principled Ethics: Generalism as a Regulative Ideal*, Oxford University Press, Oxford, 2006; B. Hooker, M. O. Little (a cura di), *Moral Particularism*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2000; D. McNaughton, P. Rawling, *Unprincipled Ethics*, in B. Hooker, M. Little (a cura di), *Moral Particularism*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2000; J. Raz, *The Truth in Particularism*, in *Engaging Reason. On the Theory and Value of Action*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 218-246 (spec. p. 245); F. Schauer, *Le regole del gioco. Un’analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* [1991], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2000.

avranno una e una sola soluzione (ritenuta) corretta; ma, contrariamente a quest'ultimo modello, ritiene che tale soluzione non si possa individuare *ex ante* per i casi futuri, bensì sia valida solo per un caso concreto. Non essendo possibile enunciare leggi generali circa il funzionamento delle regole morali, in astratto, avrà senso formulare soltanto norme "in senso debole", il cui antecedente contenga una clausola *ceteris paribus* aperta. Non è possibile quantificare in modo esaustivo il numero di eccezioni che una norma può prevedere, perché non è razionalmente concepibile determinare quali saranno le proprietà rilevanti né il peso delle stesse in casi futuri analoghi.

Il particolarismo, pertanto, difende una prospettiva di "monismo delle soluzioni" valido sul piano temporale o contestuale: esiste una soluzione oggettivamente corretta per il caso presente, ma tale soluzione non necessariamente sarà la stessa per ogni caso futuro che presenti tratti strutturali simili a quelli del caso presente. I problemi pratici, originati dall'interazione fra una pluralità di individui, riguardano sempre casi concreti e sono suscettibili di una pluralità di soluzioni, ma tali soluzioni in alcun modo risultano meccanicamente deducibili da norme astratte. La medesima proprietà, che in un determinato caso ha operato come una ragione a sostegno della correttezza morale di un comportamento, in un caso analogo può non rappresentare più una ragione a favore, o addirittura può costituire una ragione contraria. Quali proprietà siano rilevanti, in un certo caso, ai fini della decisione su come agire, dipende anche dalle interazioni fra gli agenti coinvolti, o dai loro comportamenti passati.

Sul piano teorico-giuridico, naturalmente, il particolarismo concepisce i diritti (valori, principi, ecc.) come eterogenei, antinomici, indeterminati, incommensurabili, e vede sempre il risultato della ponderazione come suscettibile di revi-



sione sulla base di nuovi criteri di rilevanza<sup>56</sup>. Come non vi sono garanzie, nel campo delle scelte morali, che le nostre proiezioni per il futuro non si scontrino con esperienze recalcitranti, tali da costringerci a rivedere o a sovvertire i concetti rilevanti, analogamente, nel campo dell'interpretazione giuridica, i ragionamenti decisori dei giudici, pur essendo formalizzabili in termini di applicazione di una regola relativamente generale, non seguono una regola (giuridica e giurisprudenziale) vincolante, precostituita al giudizio e applicabile a tutti i casi futuri dotati di caratteristiche analoghe.

Ad esempio, il fatto che, nelle decisioni della Corte Suprema statunitense, la libertà d'espressione tenda a prevalere nel caso dei comportamenti pubblici, mentre il diritto alla privacy prevalga nei casi di azioni private, rappresenta in realtà una mera generalizzazione empirica, contingente, di una serie di decisioni giurisprudenziali ricorrenti. Più in generale, il complesso delle situazioni in cui la diffusione di una notizia lede l'onore di un soggetto si può considerare l'universo del diritto alla privacy (*UD*). A partire dall'insieme delle decisioni giurisprudenziali relative, si potranno determinare quali sono le ragioni giustificative che il Tribunale è solito prendere in considerazione come rilevanti al momento di formulare la propria decisione: nella maggior parte dei casi, la veridicità dell'informazione comunicata, la rilevanza pubblica dell'informazione e il carattere ingiurioso della stessa. L'insieme di tutti questi elementi costituirà l'universo delle proprietà (*UP*), che a sua volta ci permetterà di determinare

---

<sup>56</sup> Per un dibattito dottrinale sul carattere particolaristico del bilanciamento tra diritti, si vedano i saggi di C. Redondo, B. Celano e J. Moreso in «Ragion pratica», 25, 2005; L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999; P. Comanducci, *Problemi di compatibilità fra diritti fondamentali*, in Id., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003.

l'universo dei casi generici possibili (*UC*), nonché di elaborare le regole che mettono in relazione le proprietà in questione con la soluzione normativa adottata.

Secondo la ricostruzione di Daniel Mendonca, per fare un altro esempio, la posizione del Tribunale Costituzionale spagnolo sul conflitto classico tra il diritto all'informazione e il diritto alla libera espressione, da un lato, e il diritto all'intimità e alla tutela della propria immagine (protetti dagli articoli 20.1, 20.4 e 18.1 della Costituzione), dall'altro, si può sintetizzare nella seguente formula: «[e]l derecho a la información prevalece sobre el derecho al honor, salvo que la información sea injuriosa o, aún no siéndolo, no sea veraz o carezca de relevancia pública»<sup>57</sup>.

Una possibile spiegazione di come si potrebbe risolvere questo caso di collisione tra diritti fondamentali è offerta anche da Manuel Atienza: dal momento che i tribunali non possono risolvere le controversie giuridiche applicando una regola di gerarchizzazione specifica previamente stabilita, ma solo intervenire sulla base delle circostanze concrete, è ragionevole parlare di regole di condotta che non potranno essere applicate perentoriamente in casi futuri<sup>58</sup>. Su un piano logico e ipotetico, il primo passaggio consisterà nella costruzione di una tasso-

---

<sup>57</sup> D. Mendonca, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 79. Nella prospettiva dell'autore, la regola individuata costituisce una riformulazione più sintetica di due regole fondamentali rinvenibili in altrettante sentenze del Tribunal Constitucional: 1) «[la libertad de información], como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen» (STC 142/1991); 2) «[no pueden] entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que [...] resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que estos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce ni admite el derecho al insulto» (STC 85/1992).

<sup>58</sup> Cfr. M. Atienza, *Juridificar la bioética*, in «Isonomía», 8, 1998, pp. 85-91.

nomia che permetta di collocare ogni caso all'interno di una determinata categoria; successivamente, verranno elaborate alcune regole di priorità che non implicano una gerarchizzazione tassativa, ma solo un ordine aperto e rivedibile.

Tale procedimento è comunque assoggettabile a una forma di controllo intersoggettivo: le soluzioni individuate possono rappresentare dei modelli di orientamento per i casi futuri. Rimane però sempre aperta la possibilità che il giudice applichi la tecnica del *distinguishing*, liberandosi del vincolo del precedente. È sempre possibile elaborare un nuovo universo di proprietà che presenti una struttura diversa, al fine di istituire un nuovo ordine di compatibilità tra le norme in conflitto.

Basandosi su questi presupposti, José Juan Moreso identifica la dottrina particolarista con una concezione scettica sul piano del ragionamento pratico, in base alla quale la risposta data a un determinato caso non offre alcuna garanzia di essere confermata in casi analoghi<sup>59</sup>. In realtà, non vi è alcuna incompatibilità, in linea di principio, tra il modello particolarista e il riconoscimento del fatto che, in alcuni contesti specifici, possano darsi norme etiche generali e astratte. Secondo il modello particolarista, tuttavia, in questi casi si può solo parlare di provvisorie e rivedibili "*rules of thumb*", generalizzazioni di decisioni particolari non necessariamente valide per i casi futuri. Le decisioni adottate, sempre relative a casi specifici, sono suscettibili di essere universalizzate in base alla regola del precedente (*stare decisis*), proiettandosi su tutti i casi generici dotati di caratteristiche analoghe. L'indeterminazione intrinseca della rilevanza dei singoli casi non esclude, su un piano concettuale, la possibilità di costruire sistemi di con-

---

<sup>59</sup> J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», in Id. (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

flitto “consistenti”, in cui si offra una risposta tendenzialmente univoca a determinati casi di conflitto mediante il ricorso a un ragionamento sussuntivo.

Nel prossimo paragrafo si rifletterà su una forma di particolarismo che ammetta l'esistenza di regole universalizzabili all'interno del ragionamento pratico.

### III.1. *Particolarismo “atomista” e particolarismo “triadico”*

Nella ricostruzione canonica di Jonathan Dancy<sup>60</sup>, il particolarismo si basa sulle seguenti tesi: i) la possibilità del pensiero e del giudizio morale non dipende dalla capacità di offrire un insieme adeguato di principi morali (non è disponibile una codificazione completa della morale); ii) un aspetto che in un determinato caso può rappresentare una ragione può non essere una ragione in assoluto, o, in un altro caso, addirittura rappresentare una ragione contrastante (ad esempio, la proprietà di un discorso di essere menzognero). Il particolarismo atomistico afferma che, in qualsiasi caso, se il fatto che *p* sia o non sia una ragione per fare *A* (o non sia una ragione per non fare *A*) è un fatto normativo bruto, non suscettibile di spiegazione. Secondo Celano, questa impostazione viola un requisito essenziale del discorso etico quale l'intelligibilità dei valori (o

---

<sup>60</sup> «The leading thought behind particularism is the thought that *the behaviour of a reason* (or of a consideration that serves as a reason) *in a new case cannot be predicted from its behaviour elsewhere*. The way in which the consideration functions here either will or at least may be affected by other considerations here present. So there is no ground for the hope that we can find out here how that consideration functions in general» (J. Dancy, *Moral Reasons*, Basil Blackwell, Oxford, 1993, p. 60, corsivo mio). Dello stesso autore, si vedano anche: *Defending Particularism*, in «Metaphilosophy», 30, 1-2, 1999, pp. 25-32; Id., *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford, 1993; Id., *Ethics without Principles*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2004.

delle ragioni)<sup>61</sup>. Qualsiasi ragione è sempre suscettibile di essere rilevante per la risoluzione di un caso specifico: non possiamo conoscere in anticipo se una determinata regola sarà applicata anche in un caso futuro dotato di caratteristiche analoghe. In questa prospettiva, “essere-una-ragione-per” indica una relazione primitiva, un fatto bruto inintelligibile, che converte il ragionamento morale in un’attività arbitraria priva di nessi logici e di giustificazioni assiologiche, impedendo alla radice qualsiasi generalizzazione o proiezione per il futuro<sup>62</sup>.

Per salvare la teoria particolarista da queste conseguenze distruttive, Celano<sup>63</sup> ha elaborato una peculiare forma di particolarismo “triadico” (definito anche “realismo etico politeista”) compatibile con un’immagine olistica e coerentista della conoscenza e del ragionamento pratico, in base alla quale una teoria consiste in un complesso di proposizioni o enunciati solidari, la cui verità o falsità è predicabile solo attraverso una considerazione globale del sistema. Gli elementi su cui si fonda questo approccio sono i seguenti: i) una proprietà *p* (il fatto che qualcosa sia dotato di questa proprietà è ciò che costituisce la ragione per compiere un’azione *A*); ii) un valore *V* (il fatto che qualcosa sia dotato di una proprietà rilevante è una ragione per operare in una determinata maniera solo in virtù di un determinato valore); iii) la qualificazione deontica *QD* di una determinata azione.

---

<sup>61</sup> Cfr. B. Celano, *Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico*, in «Ragion pratica», 25, 2006, pp. 139-141. Il riferimento è a Joseph Raz: «[t]he domain of evaluative properties and of reasons is intelligible»; «nothing in it is as it is just because that is how it is; there is nothing “arbitrary” in the domain of value. It is, after all, the domain of reason(s)» (J. Raz, *The Truth in Particularism*, cit., p. 220).

<sup>62</sup> Sulla nozione di “ragioni per l’azione”, cfr. J. Raz, *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 21.

<sup>63</sup> Cfr. B. Celano, *Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico*, cit., pp. 142-146.

Secondo questo modello esistono: i) alcuni valori oggettivi; ii) alcuni fatti normativi o assiologici, atti a rendere veri o falsi i nostri giudizi pratici; iii) una pluralità irriducibile di valori, beni o ragioni d'azione, indeterminati, incommensurabili e incompatibili. Un fatto, o una proprietà, è una ragione per fare *A* quando si presenta, in virtù di un valore o di una caratterizzazione di desiderabilità, *sub specie boni* per una determinata ragione. Quella proprietà che, in un certo caso, rappresenta una ragione per compiere un'azione *A*, può non essere, in un altro caso, una ragione per fare *A*, o essere una ragione per non fare *A*.

Secondo Celano, il modello delineato presenta alcune analogie con la concezione del processo di costruzione e revisione delle teorie scientifiche elaborata da Willard Van Orman Quine, paragonate a campi di forza che "toccano" l'esperienza reagendo solo ai propri confini. Gli enunciati di cui si compone una teoria – argomenta Quine<sup>64</sup> – affrontano il tribunale dell'esperienza congiuntamente. L'impossibilità pratica, dovuta al carattere necessariamente incompleto delle nostre informazioni, di estendere la verifica e la falsificazione dei principi della teoria a tutte le conseguenze, ci invita a osservare il complesso dei casi possibili con un approccio olistico. Prendendo in considerazione una singola teoria scientifica, non avrebbe senso cercare di dimostrarne isolatamente i singoli assiomi, essendo formulati in maniera tale da essere sottratti al controllo diretto tramite la verifica degli avvenimenti empirici. La conferma di una teoria è un processo dimostrativo articolato, consistente in un ampio confronto tra tutte le proposizioni derivabili dai suoi assiomi e i dati dell'esperienza.

---

<sup>64</sup> Cfr. W. Quine, *Two Dogmas of Empiricism* [1951], in Id., *From A Logical Point of View*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1953. Si veda, a questo proposito, anche l'analisi di E. Nagel, *The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation*, Harcourt, Brace & World, Toronto, 1961.

Allo stesso modo, l'insieme delle ragioni che di volta in volta individuiamo, e dei valori ad esse sottesi, rappresenta una totalità (una corporazione), articolata al proprio interno in una pluralità indefinita di situazioni (casi) possibili, mutevoli a seconda delle generalizzazioni effettuate. Un eventuale conflitto tra le nostre proiezioni per il futuro e i nostri giudizi ponderati porterà a rielaborare il ragionamento nel suo complesso, senza però imporre una revisione specifica.

Il ragionamento pratico, stando a questa ricostruzione, si configura come un processo continuamente mutevole e privo di conclusione: dai casi concreti risale alle ragioni, attraverso determinati valori, e dalle ragioni ritorna ai casi. Le continue proiezioni dal passato al futuro, dall'attuale al possibile, saranno sempre provvisorie e rivedibili, includendo pertanto clausole aperte e termini etici spessi. L'insieme delle combinazioni delle proprietà potenzialmente rilevanti, tenendo conto della storia di ogni singolo caso, non è in linea di principio esauribile. Possono sempre diventare rilevanti, nell'interazione degli agenti coinvolti, i loro stati intenzionali che si presentano pertanto in una connessione reciproca (ad es., le credenze intorno alle intenzioni o le credenze altrui, le speranze su ulteriori atteggiamenti e comportamenti futuri, e così via all'infinito).

### III.2. *Vantaggi teorici del modello*

La superiorità esplicativa del modello particolarista elaborato da Celano risiede principalmente nella sua idoneità, sul piano epistemologico, a render ragione dei limiti strutturali a cui è soggetta la conoscenza dei giudici (e più in generale di qualsiasi operatore del diritto), che dispongono di un complesso di contenuti informativi inevitabilmente parziale e frammentario. In particolare,

l'eventualità che in una norma si presentino eccezioni implicite inizialmente non previste rappresenta una caratteristica strutturale, sebbene non esclusiva, delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali ("*open-ended character*"<sup>65</sup>). Si tratta di un aspetto sistemico, che appartiene alla loro peculiare fraseologia, vale a dire alla loro scrittura aperta, flessibile, inclusiva. La pretesa di cristallizzare il catalogo dei principi e valori costituzionali in una gerarchia fissa appare irragionevole persino come ideale normativo. Non è logicamente possibile elaborare un insieme chiuso, esaustivo, delle condizioni fattuali su cui s'innestano, in maniera necessaria, le proprietà valutative degli agenti.

Questa concezione, tuttavia, non è incompatibile con l'esistenza di soluzioni più corrette, né con la possibilità di generalizzazioni dai casi passati e presenti ai casi futuri e ipotetici. Semplicemente, non vi sono garanzie che tali soluzioni non richiedano una revisione in un momento successivo. La possibilità di fissare relazioni transitive tra le norme rimane logicamente subordinata, in gran parte, alla loro applicazione all'interno del caso concreto.

#### IV. *Il pluralismo dilemmatico come orientamento antimonista*

Sul piano etico-giuridico, il particolarismo difende una posizione di monismo, che si potrebbe definire "temporale" o "contestuale", la quale pone l'accento sull'instabilità delle soluzioni adottate: un orientamento, più precisa-

---

<sup>65</sup> «[T]hey are subject to implied exceptions which cannot be exhaustively specified in advance» (J. Bayón, *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, p. 338).



mente, monista rispetto alle soluzioni relative al caso presente (conosciamo la soluzione *ex post*) e pluralista rispetto alle soluzioni future (vi è un'infinità di risposte *ex ante*)<sup>66</sup>.

Una terza variante delle concezioni che accettano l'assunto che i diritti possano effettivamente entrare in conflitto è rappresentata dal "pluralismo dilemmatico" che, come mostra Pau Luque Sánchez<sup>67</sup>, sostiene una peculiare forma di antimonismo "atemporale" e "acontestuale", che ammette la stabilità del ventaglio di soluzioni disponibili (il complesso delle ragioni rilevanti è costitutivamente finito): pluralista rispetto alle soluzioni relative al caso presente (*ex ante* esiste una pluralità delimitata di soluzioni) e pluralista rispetto alle soluzioni relative al caso futuro (*ex ante* esiste una pluralità delimitata di soluzioni egualmente corrette).

Il pluralismo dilemmatico, pertanto, si colloca in uno spazio etico-giuridico intermedio tra il modello irenista e il modello particolarista. Condividendo gli assunti dell'eterogeneità dei diritti (l'idea del bene come ontologicamente plurale), il modello si prefigge di spiegare tanto le situazioni di conflitto quanto i casi di accordo o assenza di conflitto. Secondo il pluralismo dilemmatico, la molteplicità dei valori non produce sempre esiti conflittuali: talvolta, le circostanze rilevanti consentiranno una gerarchizzazione dei valori o l'individuazione di un'unica risposta (ritenuta) corretta, in entrambi i casi senza alcuna perdita dei valori in gioco. Seguendo Berlin, nel caso di un conflitto X tra determinati valori, può invece accadere quanto segue: i) la soluzione A è mo-

---

<sup>66</sup> Si veda a questo proposito la distinzione tra indeterminazione *ex ante* e indeterminazione *ex post* operata da P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in Id., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1997.

<sup>67</sup> Cfr. P. Luque, *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, cit., pp. 95-123.

ralmente corretta; ii) la soluzione *B* è moralmente corretta; iii) la soluzione *C* è moralmente sbagliata. In questo tipo di conflitto, *A* e *B* sono pertanto incompatibili, dal momento che entrambe le soluzioni sono considerate moralmente corrette; qualsiasi soluzione richiederà il sacrificio di un valore ritenuto importante<sup>68</sup>.

Quello descritto è un orientamento antimonista in un duplice senso: ammette la molteplicità e l'eterogeneità dei valori e principi etici, ma, a differenza dell'irenismo, ritiene che da tale pluralità possano derivare, in alcune occasioni, diverse risposte corrette e mutuamente incompatibili (alcuni conflitti avranno molteplici risoluzioni). Il modello pluralista delineato si fonda sull'assunto berliniano che i principi e i valori morali sono molteplici, ma non infiniti: da un lato, vi sono dei limiti alle ragioni rilevanti per risolvere un caso pratico; dall'altro, è sempre possibile che alcuni casi, vuoi perché incommensurabili vuoi perché irrisolvibili, si convertano in scelte tragiche in cui non tutti gli obblighi morali o giuridici potranno essere soddisfatti.

In campo giuridico, il metodo dilemmatico costituisce una procedura formale adottata dai giudici comuni e dai Tribunali costituzionali allo scopo di dirimere determinati casi di incompatibilità tra diritti fondamentali. Tale strategia, normalmente, viene utilizzata quando vengono a mancare principi o criteri generali che possano guidarci nella risoluzione di due casi contrastanti, entrambi dotati di valide ragioni<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Cfr. I. Berlin, *Two concepts of liberty : an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, cit.

<sup>69</sup> Cfr., in questo senso, S. Wolf, *Two Levels of Pluralism*, in «Ethics», 102, 1992, pp. 785-798.

#### IV.1. I dilemmi tragici

Il pluralismo dilemmatico prevede la possibilità (non la necessità) di autentici conflitti tragici<sup>70</sup> (o “*faultless disagreements*”, dotati di una struttura logica isomorfica) già *ab initio*. In determinate situazioni di conflitto, detto in altri termini, non risulta possibile determinare quale sarà l’obbligo definitivo destinato a imporsi a partire dagli obblighi *prima facie*.

Seguendo la ricostruzione di Joseph Raz<sup>71</sup>, si può considerare un conflitto pratico quella situazione in cui un agente dispone di ragioni per compiere due azioni distinte, ma non gli risulta possibile compierle entrambe, e in cui ogni opzione si basa più su ragioni derivanti da un valore diverso da quelle che so-

---

<sup>70</sup> Per una trattazione dei casi tragici incentrata sulla nozione di perdita, si vedano: M. Atienza, *Sobre lo razonable en el derecho*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 9, 27, 1989, pp. 93-110; Id., *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 [un caso tragico è quello in cui «no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral»; p. 252]; Id., «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», in R. Vázquez (a cura di), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, Fontamara, México, 1998; J. Bomhoff, L. Zucca, *The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights*, in «European Constitutional Law Review», 2, 3, 2006, pp. 424-442; P. Bobbitt, G. Calabresi, *Tragic Choices*, W.W. Norton & Company, New York, 1978.

Lorenzo Zucca caratterizza i casi di collisione tra diritti fondamentali come “tragedie costituzionali”, per sottolineare la tragicità della scelta richiesta, tale da non ammettere alcuna soluzione che non implichi una lesione di uno dei due principi o valori in conflitto (cfr. Id., *Constitutional dilemmas: conflicts of fundamental legal rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007). In argomento, cfr. anche J. Balkin, «The Meaning of Constitutional Tragedy», in W. Eskridge, S. Levinson (a cura di), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, New York, 1998; J. Flaming, «Constitutional Tragedy in Dying: Or Whose Tragedy Is It, Anyway?», in W. Eskridge, S. Levinson (a cura di), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, cit.; R. Post, «Tragedy and Constitutional Interpretation. The California Civil Rights Initiative», in W. Eskridge, S. Levinson (a cura di), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, cit.

<sup>71</sup> Cfr. J. Raz, *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 179.

stengono l'opzione rivale. Quando entrano in gioco valori incommensurabili, talvolta, si possono richiedere scelte radicali, che escludono qualsiasi contemperamento, nonché la possibilità di addurre giustificazioni (ragioni) che non siano fittizie<sup>72</sup>.

Si può pensare, ad esempio, al tema delle scelte legate al fine vita – dal testamento biologico all'interruzione delle cure mediche, dal suicidio assistito fino all'eutanasia – o, ancora più in particolare, alla cosiddetta "eutanasia non volontaria", che per varie ragioni si trova a essere praticata senza potersi accertare preventivamente del consenso esplicito del paziente, il quale si trova in una condizione tale da non poter manifestare direttamente la propria volontà. Siamo qui di fronte ad autentici dilemmi morali che comportano la necessità di assumere una scelta tragica, in cui, quale che sia la decisione adottata, s'imporrà comunque il sacrificio di un valore considerato di essenziale rilevanza<sup>73</sup>.

In base al modello del pluralismo dilemmatico, gli agenti morali, anche individualmente considerati, sostengono una pluralità chiusa di principi o valori etici che, secondo le circostanze, possono generare un disaccordo senza alcuna restrizione. Tali dilemmi – occorre precisare – vanno tenuti distinti dai cosiddetti "*hard cases*", caratterizzati da una particolare problematicità dell'argomentazione orientata a determinare la soluzione corretta. Questi casi si

---

<sup>72</sup> Si veda in questo senso R. Chang (a cura di), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1997.

<sup>73</sup> Per evidenziare la rilevanza dei valori del costituzionalismo contemporaneo nel determinare la risposta giuridica e politica al dilemma etico che s'impone quando si tratta di valutare l'accettabilità delle condotte eutanasiche, si è parlato di "costituzionalizzazione del dilemma etico" (cfr. A. Porciello, *Eutanasia e principi fondamentali: la costituzionalizzazione del dilemma etico, Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Jovene, Napoli, 2009).

verificano generalmente in presenza di concetti morali sottili ("*thin moral concepts*"), privi di significati convenzionali determinati, o in presenza di concetti morali spessi, in relazione all'area di indeterminazione del loro significato convenzionale; le premesse (normative e fattuali) del sillogismo giudiziale presentano dubbi di vario tipo, con la conseguenza che la soluzione richiederà di far ricorso a ragionamenti di vario tipo, diversi dalla semplice deduzione, per giustificare le premesse adottate per la decisione. Gli *hard cases* sono comunque suscettibili di essere risolti attraverso le tradizionali tecniche ponderative<sup>74</sup>.

Un conflitto non si potrà considerare autenticamente "tragico" finché esisterà una soluzione che consenta di superare le altre soluzioni possibili e serva quindi da criterio di giustificazione della perdita. I dilemmi tragici non si possono nemmeno confondere con i "*trade-offs*"<sup>75</sup>, ovvero quelle situazioni che richiedono di operare una scelta tra due o più possibilità, in cui la perdita di valore di una costituisce un aumento di valore per l'altra. L'eventualità contemplata dal metodo dilemmatico è quella di antinomie in cui una delle parti afferma *p* e l'altra *non-p* (oppure *q*, ma è impossibile soddisfare allo stesso tempo *p* e *q*), senza che nessuna delle due parti abbia commesso un errore, rendendosi pertanto necessario applicare un diritto (un principio, un valore) *in integrum* e sacrificare del tutto l'altro.

---

<sup>74</sup> Vedasi, su tutti, R. Dworkin, *Is There No Really Right Answer in Hard Cases?*, in *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1985.

<sup>75</sup> Cfr. T. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression* [1972], rist. in R. Dworkin (a cura di), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 156, 169; Id., *Rights, Goals and Fairness* [1977], in J. Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 138, 146.

La differenza con il metodo della ponderazione, infine, è stata recentemente affrontata da Antonio Pérez Luño, in un passaggio che è opportuno citare per esteso:

1º) el método de la ponderación de bienes se presenta como un procedimiento *constructivo*. Trata de elaborar el sentido de cada derecho fundamental en conflicto y, tras ese proceso de elaboración del significado y alcance de cada derecho, decide cuál de ellos debe prevalecer. Por contra, el método dilemático aparece como un procedimiento *justificativo*. Recurre, al igual que el método de la ponderación de bienes, a una argumentación razonada, pero, ésta no pretende contribuir a la definición de los derechos, sino justificar la opción en favor del derecho que se estima prevalente.

2º) [...] [P]ara el método de la ponderación de bienes, los argumentos dirigidos a la resolución del conflicto entre derechos fundamentales, actúa como un procedimiento *ad quem*, o sea, como procesos discursivos racionales encaminados a obtener la resolución óptima del conflicto. Por su parte, el método dilemático implica un procedimiento *a quo*, en el que se parte de la opción por un derecho que, desde el principio, se estima prevalente y se propone ofrecer buenas razones justificatorias de esa elección. El método dilemático implica, por tanto, una forma de “razonamiento desde el resultado”, en el que parte de la evidencia de la prioridad de uno de los derechos en conflicto y se ofrecen razones para justificarla.

3º) [...] [E]l procedimiento de la ponderación de bienes opera a través de un proceso argumentativo de mediación y de equilibrio, en el que se sopesan los “pros y contras”, en favor de la decisión por la prioridad de uno de los derechos en conflicto, salvaguardando siempre en lo posible el alcance del derecho postergado. No ocurre así en el supuesto del procedimiento dilemático, en el cual se razona en términos de “todo o nada”; no se pretende establecer mediaciones o equilibrios entre los derechos, sino decidir, a través de una opción estricta y tajante, a favor del derecho que se considera prevalente<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> A. Pérez Luño, *Dilemas en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales*, in «Crónica Jurídica Hispalense», 14, 2017, in corso di pubblicazione, corsivo nel testo.

#### IV.2. L'obiezione dell'irrazionalità

I conflitti tragici pongono con particolare evidenza il problema dei limiti intrinseci della razionalità umana<sup>77</sup>, che emerge nell'impossibilità di compatibilizzare valori idiosincratici. Come si è visto, vi sono casi in cui il sistema giuridico non offre una soluzione univoca al conflitto, con la conseguenza che diverse regole di precedenza appaiano ugualmente ingiustificate. L'impossibilità logica di applicare simultaneamente due valori in conflitto raggiungendo un equilibrio sul piano sincronico ci pone di fronte all'assenza di una misura comune per valutare i due casi, suscitando talvolta un'obiezione di irrazionalità. Un'obiezione frequente, in questi casi, consiste nel rilevare che il nostro ragionamento morale non possa contenere conflitti tra obblighi (devo fare *p* e *non-p* contemporaneamente, oppure devo fare *A* e *B* ma non posso eseguire entrambi gli obblighi), pena la sua inconsistenza<sup>78</sup>.

A questo fascio di critiche si può replicare osservando, innanzitutto, che l'incommensurabilità tra casi distinti (la necessità di sacrificare integralmente un diritto) non esclude di per sé la possibilità di operare un raffronto tra i valori in gioco e di compiere una valutazione ragionata, come di fatto si verifica nella

---

<sup>77</sup> Su tutti, si veda J. Elster, *Solomonic judgements: studies in the limitations of rationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

<sup>78</sup> Nella trattazione di Bayón, questa obiezione indica che «si aspiramos a la racionalidad tiene que desvanecerse [el conflicto de deberes], puesto que la admisión de un genuino conflicto de deberes (es decir, de uno que se diera entre deberes concluyentes o "tras la consideración de todos los factores relevantes") convertiría automáticamente en irracional (por inconsistente) a la concepción moral que le diera cabida» (J. Bayón, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 390; cfr. anche *ivi*, pp. 406 ss.).

Ronald Dworkin, ad esempio, nella sua obiezione al pluralismo berliniano, afferma che in caso di conflitto tra valori tutte le soluzioni diventano equivalenti (cfr. R. Dworkin, *Do Liberal Values Conflict?*, in Id., M. Lilla, R. Silvers (a cura di), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York Reviews of Books, New York, 2001, p. 81).

pratica abituale tra gli agenti morali. Jeremy Waldron, a questo proposito, propone una distinzione tra “incommensurabilità in senso forte” – che implica l'impossibilità di qualsiasi comparazione – e “incommensurabilità in senso debole” – che permette comunque di stabilire un ordine di priorità<sup>79</sup>. Un sistema etico-giuridico che contenga al suo interno autentici dilemmi morali non esclude, sul piano logico, che gli obblighi previsti siano comunque suscettibili di essere adempiuti. Inoltre, sebbene non esistano criteri oggettivi per decidere tra *A* e *B* senza perdere qualcosa di prezioso, possono individuarsi alcune regole per decidere tra il binomio *A-B* e *C*, ossia possiamo comunque determinare quali soluzioni siano corrette e quali sbagliate.

Sul piano giuridico, occorre osservare che naturalmente il metodo dilemmatico non è in grado di offrire garanzie circa l'eventualità che le soluzioni adottate siano sempre quelle corrette, come dimostra la contraddittorietà tra le ragioni argomentative che dovrebbero fondare alcune sentenze sui medesimi casi di conflitto; ma questo non implica che le scelte in questione siano necessariamente irrazionali. Dal fatto che un valore etico-giuridico non possa essere realizzato in alcune circostanze concrete non deriva che smetta di essere considerato come

---

<sup>79</sup> J. Waldron, *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, in «Hastings Law Journal», 45, 1993-1994, pp. 813-824. Analogamente, Steven Lukes, propone di distinguere tra posizioni incompatibili – tra le quali è possibile, in un secondo momento, una comprensione reciproca – e incommensurabilità vera e propria – che esclude invece qualsiasi possibilità di incontro razionale, stante l'assenza di parametri comuni (cfr. Id., *Making Sense of Moral Conflict*, in *Liberalism and the Moral Life*, a cura di N. Rosenblum, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1989, p. 134). John Kekes opera la medesima distinzione tra un'accezione di incompatibilità, che ci pone di fronte a proposte mutuamente esclusive e pertanto non suscettibili di essere realizzate su un piano sincronico, e un'accezione di incommensurabilità, intesa come impossibilità logica di operare comparazioni razionali (cfr. Id., *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, New Jersey, 1993, pp. 21-22).



qualcosa di importante, né che gli obblighi contenuti nelle norme momentaneamente disapplicate non siano più logicamente applicabili.

#### *V. Un bilancio provvisorio*

L'indagine sulle distinte ipotesi di ricostruzione razionale del contenuto etico sostantivo dello Stato costituzionale contemporaneo ha preteso di mostrare che, sul piano metaetico, le alternative che si presentano sono le seguenti:

- i) monismo o pluralismo dei diritti (principi, valori, interessi, ecc.)?
- ii) Qualora si riconosca la loro eterogeneità, si darà armonia o conflitto tra i valori?
- iii) In quest'ultimo caso, ci si troverà di fronte a conflitti risolvibili o tragici?

Le teorie del primo tipo, qualora accettino di confrontarsi con il fenomeno del conflitto tra diritti costituzionali, tendono a risolverli stabilendo un ordine chiuso di prevalenza, una gerarchia o un bene supremo a cui gli altri valori dovrebbero essere orientati. Le teorie del secondo tipo, di contro, assumono la conflittualità tra i diritti come un dato strutturale dello Stato costituzionale, riconoscendo l'ineluttabilità del ricorso a tecniche ponderative. Nel primo caso si ritiene che ai conflitti fra valori ultimi possano darsi soluzioni universalizzabili, valide per il caso specifico come per il caso generico corrispondente, potendosi pertanto stabilire una gerarchia assiologica fissa fra i due valori in conflitto. Nel secondo caso, invece, si ritiene che i conflitti fra valori ultimi possano essere risolti solo relativamente al caso specifico. Su un piano descrittivo, la vera competizione riguarda quegli approcci che ammettono la pluralità e la conflittualità dei diritti.

L'analisi sviluppata ha voluto evidenziare l'irragionevolezza del modello minimalista e i limiti teorici che inficiano la soluzione irenista. Nella trattazione del pluralismo dilemmatico, Pau Luque Sánchez<sup>80</sup> afferma che la superiorità esplicativa del modello emergerebbe dalla possibilità di spiegare tanto le situazioni di conflitto quanto i casi di accordo o assenza di conflitto. In realtà, rimangono completamente al di fuori del modello i casi che richiedono il ricorso alle tradizionali tecniche ponderative.

Sostenendo una tesi moderatamente scettica nei confronti delle potenzialità normative della teoria generale del diritto, si può invece rilevare come una considerazione normativa dei problemi concettuali richieda di essere integrata dalla valutazione di fattori giuridici, politici e sociali contingenti<sup>81</sup>. Ora, pluralismo dilemmatico e particolarismo, analizzati congiuntamente, appaiono in grado di spiegare meglio degli approcci rivali un dato di fatto empiricamente verificabile, che riguarda il tessuto delle Costituzioni contemporanee, ossia il carattere fortemente conflittuale del loro contenuto etico sostantivo. Essendo i vincoli dell'interpretazione costituzionale sempre legati, in certa misura, a una pluralità di ruoli e prassi istituzionali, una più adeguata rappresentazione della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale contemporaneo dovrebbe rappresentare il risultato dell'interazione di questi due modelli.

---

<sup>80</sup> Cfr. P. Luque, *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, cit., spec. pp. 116-123, 181-184.

<sup>81</sup> Per un approccio parzialmente analogo, si vedano: B. Leiter, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence*, in *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007, spec. p. 162. R. Posner, *Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation*, in «Michigan Law Review», 101, 4, 2003, pp. 952-971; C. Sunstein, A. Vermeule, *Interpretation and Institution*, in «Michigan Law Review», 101, 4, 2003, pp. 885-951.



## II parte

### Capitolo IV. La razionalità della ponderazione giudiziale

#### I. Ponderazione giudiziale e indeterminatezza normativa

È ampiamente diffuso, nella letteratura teorico-giuridica, l'assunto che, il più delle volte, i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie si rivelino inadeguati a risolvere i conflitti tra principi costituzionali attributivi di diritti fondamentali<sup>1</sup>. In questi casi di collisione l'interprete non ha infatti la possibilità di ricorrere: 1) al criterio *lex superior derogat inferiori*, in quanto si tratta appunto di diritti equi-ordinati sul piano della gerarchia delle fonti; 2) al criterio *lex posterior derogat priori*, in quanto si tratta di diritti contenuti nello stesso documento normativo; 3) al criterio *lex specialis derogat generali*, in quanto tra le norme che fondano i due diritti in conflitto non si dà un rapporto di specialità. Di fronte all'impossibilità di risolvere la contraddizione normativa dichiarando l'invalidità, l'abrogazione o la derogazione di una delle due norme in conflitto,

---

<sup>1</sup> «[E]n un sistema normativo pueden convivir perfectamente el reconocimiento de la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, la libertad de expresión y el derecho al honor, la igualdad formal y la igualdad sustancial, el derecho de propiedad y la tutela del medio ambiente o el derecho a la vivienda, la libertad de manifestación y la protección del orden público, el derecho a la tutela judicial y la seguridad jurídica o el principio de celeridad y buena administración de justicia. No cabe decir que entre todas estas previsiones exista una antinomia; pero es también claro que en algunos casos puede entablarse un conflicto que ni puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través de un criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra» (L. Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", in *Neoconstitucionalismo(s)*, a cura di M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, p. 214).

il metodo appropriato di soluzione dell'antinomia viene allora individuato nel bilanciamento o ponderazione: una valutazione comparativa dei principi in gioco, in base alle circostanze rilevanti, che porta alla parziale disapplicazione di alcuni (o di uno) dei principi, e all'applicazione dell'altro.

L'inevitabilità del bilanciamento si ricollega a un fenomeno altrettanto pervasivo del costituzionalismo contemporaneo, ossia il conflitto tra diritti fondamentali, che a sua volta deriva dalle stesse caratteristiche con cui sono solite essere formulate e interpretate le disposizioni che li positivizzano<sup>2</sup>. Si tratta, in linea generale, di una tecnica argomentativa, generalmente utilizzata in sede giudiziale per risolvere le ipotesi di collisione tra diritti costituzionali, quando il caso da decidere appare contemporaneamente sussumibile sotto due o più norme confliggenti (pertanto tutte valide), e di contro manca un criterio giuridico di coordinazione formalmente previsto o convenzionalmente accettato dagli operatori giuridici. L'obiettivo precipuo della ponderazione consiste nella risoluzione di conflitti normativi mediante l'attribuzione di un diverso grado o "peso" a ciascuna delle alternative in gioco.

Gli elementi concreti coinvolti nel giudizio di bilanciamento non appaiono predeterminabili, cosicché, il suo stesso esito non sembra poter essere stabilito in via generale e astratta, dipendendo anche, almeno in parte, dalle circostanze del caso specifico. Lo spazio giuridico del conflitto, in questo senso, appare indeterminato, aperto, rivedibile.

Riflettendo su queste dimensioni dell'indeterminatezza, negli ultimi decenni, è stata sperimentata l'applicazione, nel campo dell'interpretazione giudiziale

---

<sup>2</sup> Il tema delle ragioni conoscitive, epistemologiche, per cui le disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali sono solite essere formulate in questi termini sarà oggetto di considerazione del VI capitolo.

dei diritti fondamentali, di nuove forme di calcolo in termini di logica “diffusa”, “sfumata”), ossia (nella prospettiva di Lofti Zadeh) di una logica del ragionamento approssimato, i cui tratti distintivi sono: (i) valori di verità *fuzzy* espressi in termini linguistici come “vero”, “del tutto vero”, “più o meno vero”, ecc.; (ii) tavole di verità imprecise; (iii) regole di inferenza la cui validità è più approssimata che esatta»<sup>3</sup>. Osserva al riguardo Tecla Mazzarese:

[e]ste dato de la competitividad en la realización o en la tutela de derechos fundamentales distintos, si no de un mismo derecho fundamental en razón de lecturas distintas del valor (de los valores) del que el derecho es expresión, incita a la adopción (si no a la experimentación de nuevas formas) de cálculos lógicos derrotables y/o no monotónicos; es decir, de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o de argumentación judicial, tengan como objeto datos (potencialmente) en conflicto apoyados por razones más o menos fuertes que, según los casos, pueden prevalecer o ceder respecto a otros datos. Cálculos, en otros términos, en los cuales (a diferencia de los cálculos de la lógica clásica que es monotónica y no derrotable) la introducción de nuevas premisas y/o el cambio de las premisas iniciales entraña un cambio también en las conclusiones, en las consecuencias que son derivables en el cálculo<sup>4</sup>.

Un aspetto fondamentale, per qualsiasi teoria del bilanciamento, consiste nella riflessione sul grado di imprevedibilità delle sue conseguenze giuridiche,

---

<sup>3</sup> L. Zadeh, *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*, in «Synthese», 30, 1975, p. 407.

<sup>4</sup> T. Mazzarese, *Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas*, in «Doxa», 26, 2003, pp. 712-713.

Per una lettura introduttiva sulla logica *fuzzy*, si vedano soprattutto: P. Freiberger, D. McNeill, *Fuzzy Logic. The Discovery of a Revolutionary Computer Technology - And How It Is Changing Our World*, Simon & Scuster, New York, 1993; S. Haak, *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the Formalism*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996, pp. 229-242; B. Kosko, *Fuzzy Thinking*, Harper Collins Publishers, London, 1994; A. Sangalli, *The importance of Being Fuzzy and Other Insights from the Border between Math and Computers*, Princeton University Press, Princeton, 1998. Per un'applicazione al campo dei diritti socio-economici, cfr. soprattutto J. Gomes Canotilho, *Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*, in «Derechos y Libertades», 1998, pp. 35-50).

e in particolar modo sulla rilevanza delle considerazioni di carattere morale o sostantivo negli strumenti interpretativi utilizzati in sede giudiziale<sup>5</sup>.

Tale problema acquisisce un rilievo speciale all'interno delle teorie elaborate da Robert Alexy e Riccardo Guastini, i quali difendono due approcci distinti, se non addirittura opposti, rispetto ai margini di discrezionalità che tale attività può involgere: da una parte, una teoria prevalentemente normativa dell'argomentazione che, sul fondamento di una concezione della razionalità giuridica come un "caso speciale" di quella pratica, analizza il bilanciamento nei termini di una procedura decisoria basata su regole aritmetiche e dati quantitativi; dall'altra, una teoria giusrealista, scettica e non-cognitivista, che si prefigge innanzitutto di rappresentare descrittivamente le pratiche discorsive dei giudici costituzionali e ordinari.

Il problema cruciale che tali teorie pongono in evidenza riguarda la conformità delle argomentazioni giudiziali a un modello di giustificazione intersoggettivamente condivisibile<sup>6</sup> che si conformi al valore della certezza giuridica, intesa sia come uniformità delle opinioni dei giudici relative al contenuto del diritto, sia come conoscibilità delle norme giuridiche.

---

<sup>5</sup> Sulla rilevanza dei valori morali nell'adesione ai principi metodologici, cfr. A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, "I fondamenti del ragionamento giuridico", in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, 2 voll., Giappichelli, Torino, 1987, vol. I, pp. 183-185; E. Diciotti, «Razionalità imperfetta delle argomentazioni giudiziali», in Id., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, spec. pp. 532-539.

<sup>6</sup> Sul tema della razionalità della ponderazione giudiziale, si vedano soprattutto: C. Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 26, 77, 2006, pp. 51-75; J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», in Id. (a cura di), *Neo-constitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Etica & Politica», 1, 2006, pp. 32-37.

## II. La teoria di Guastini

### II.1. La concezione dell'interpretazione giuridica

Per comprendere la posizione di Guastini in materia di ponderazione è necessario collocarla nel contesto generale della sua teoria dell'interpretazione giuridica<sup>7</sup>.

In una prima fase della sua riflessione, Guastini ha difeso un approccio giusrealista, ispirato soprattutto all'emotivismo etico di Hans Kelsen, Alf Ross e Giovanni Tarello. Tra i vari assunti di base, tale posizione include anche i seguenti: 1) ogni testo giuridico è costituito da un insieme di enunciati normativi o disposizioni che contiene un numero finito di norme; 2) ogni enunciato interpretativo è, per definizione, il risultato di un'attività di carattere volitivo e non conoscitivo; 3) le norme costituiscono il "significato" o contenuto di senso degli enunciati normativi, il prodotto dell'interpretazione-attività<sup>8</sup>.

L'interpretazione giuridica, pertanto, non consiste nella "scoperta" del contenuto dei documenti normativi, quanto piuttosto nella stipulazione di significati sulla base dell'analisi linguistica delle disposizioni. Con le parole di Guastini: «il significato non è precostituito all'attività interpretativa, perché è una

---

<sup>7</sup> Per alcune riflessioni sul rapporto tra bilanciamento e interpretazione giuridica: cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 60-61; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 296;

<sup>8</sup> Per la distinzione tra disposizione e norma, cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. VII. Sulla distinzione tra interpretazione-attività e interpretazione-prodotto: A. Ross, *Diritto e giustizia* [1958], Einaudi, Torino, 1965, p. 111; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 38-42. Per un'applicazione di questa distinzione al bilanciamento, cfr. ad es. J. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, cap. 3.



variabile delle valutazioni e decisioni dell'interprete. La scelta di attribuire ad un certo enunciato un significato a preferenza di altri è frutto di volizione, non di conoscenza»<sup>9</sup>. Gli enunciati interpretativi, non diversamente dalle valutazioni morali, non sono predicabili in termini di verità o di falsità, essendo appunto il prodotto di uno stato emotivo interiore. L'assegnazione di un significato ai documenti normativi è fortemente condizionata dall'ideologia e dalle costruzioni dogmatiche dei giuristi. L'interpretazione giudiziale coincide dunque con un'attività volitiva e decisionale, consistente nell'attribuzione discrezionale di un significato a uno o più enunciati contenuti in testi che si assumono idonei a esprimere significati normativi.

Nell'ultima fase della propria riflessione, Guastini ha poi difeso una diversa forma di giusrealismo interpretativo, secondo la quale gli organi di applicazione del diritto, trovandosi a scegliere fra diversi significati attribuibili agli enunciati del legislatore, necessariamente partecipano anche alla creazione del diritto. In questa prospettiva, già prima dell'interpretazione, gli enunciati assumono molteplici e confliggenti significati, fra i quali spetta poi all'interprete scegliere. Interpretare una disposizione consiste allora nell'individuare una possibile norma, all'interno di diversi significati disponibili (di una "cornice di norme"), sulla base dei criteri linguistici e tecnico-giuridici adottati dalla comunità giuridica di riferimento. Scrive l'autore: «la tesi realista, secondo cui non vi sono significati prima dell'interpretazione, deve essere intesa non nel senso che prima dell'interpretazione i testi normativi siano privi di *qualsivoglia* significato, ma nel senso che ogni testo normativo ne esprime potenzialmente *più d'uno*. L'interpretazione [...] consiste precisamente nella scelta tra una pluralità di si-

---

<sup>9</sup> R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 22.

gnificati»<sup>10</sup>.

Nei paragrafi seguenti si cercherà di mostrare come la congiunzione di questi fattori finisca per introdurre un elemento di instabilità nella gerarchizzazione dei principi costituzionali operata dal giurista-interprete.

## II.2. *I conflitti tra principi costituzionali*

Guastini individua nelle regole il tipico enunciato prescrittivo condizionale della tradizione giuspositivista, con il quale a una classe di fatti ricollega una conseguenza giuridica. I principi, viceversa, sono norme fondamentali – che fondano, dal punto di vista assiologico (incorporando valori etico-politici e sentimenti di giustizia), altre norme, senza richiedere a loro volta una simile giustificazione – e indeterminate (defettibili, generiche e dotate di fattispecie aperta)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Id., *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in «Ragion pratica», 17, 2001, p. 43, corsivo nel testo. Cfr. anche Id., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 86. In termini analoghi: M. Barberis, *Lo scetticismo immaginario*, pp. 17-20; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 63-64 («prima dell'attività dell'interprete, del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano»).

<sup>11</sup> Con “fattispecie aperta” s'intende la mancanza di una descrizione tassativa, nell'antecedente, dei fatti cui la norma si riferisce. Con “defettibilità” s'intende, poi, l'implicita apertura dei principi a possibilità di deroghe non predeterminate, cosa che impedisce un'applicazione deduttiva dei principi stessi. Con “genericità”, infine, s'intende quel tratto per cui un principio richiede la concretizzazione in ulteriori e più precise norme per essere applicato, tale concretizzazione potendo, peraltro, avvenire in modi differenti e alternativi. I principi possono poi essere espressi o inespressi, di rango costituzionale o meno, abbracciando l'intero ordinamento o più settori, e svolgono un ruolo importante tanto nell'interpretazione quanto nell'integrazione del diritto. Cfr. Id., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 173 ss.; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993; Id., *Principi del diritto e discrezionali-*

Come si è visto in precedenza, secondo Guastini un conflitto tra principi costituzionali suscettibile di ponderazione può essere rappresentato nei termini di un'antinomia normativa di carattere parziale-parziale<sup>12</sup>, in cui alcune fattispecie disciplinate da una norma coincidono con alcune delle fattispecie disciplinate (in maniera incompatibile) dall'altra norma. Ora, secondo l'autore, in presenza di norme coeve e pari-ordinate, il conflitto non è risolvibile in base ai criteri generali adottati per la risoluzione delle antinomie: non è utilizzabile il criterio *lex superior derogat inferiori*, trovandoci di fronte a principi costituzionali situati in una condizione di uguaglianza; non è utilizzabile il criterio *lex posterior derogat priori*, perché si tratta di principi espressi dallo stesso documento normativo<sup>13</sup>. In sede di ricostruzione concettuale, Guastini sostiene poi che non vi sia alcun impedimento teorico nel risolvere il conflitto in base al criterio della *lex specialis derogat priori*, riformulando in sede interpretativa quanto non compare negli enunciati normativi al fine di introdurre un'eccezione non prevista in una delle norme<sup>14</sup>. Tale strategia è volta a delimitare il contenuto dei diritti mediante

---

tà giudiziale, in «Diritto Pubblico», 3, 1998, pp. 651-659; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit.

<sup>12</sup> «[D]ue norme, N1 e N2, disciplinano classi di fattispecie che si sovrappongono solo parzialmente. Sicché vi sono fattispecie disciplinate solo da N1, fattispecie disciplinate solo da N2, e fattispecie disciplinate da entrambe le norme: il conflitto nasce soltanto in relazione a queste ultime» (R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 653). Per la distinzione fra antinomie totali-totali, totali-parziali e parziali-parziali, cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia* [1958], cit., pp. 122-123. Cfr. anche C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 242-246. Sulla tesi della riconducibilità dei conflitti tra principi costituzionali alle antinomie parziali bilaterali in concreto: R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 218 e 252. Per alcuni dubbi sull'applicabilità della tipologia delle antinomie di Guastini (e di Ross) ai conflitti tra principi: L. Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación*, in Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216, spec. pp. 181-188).

<sup>13</sup> Su questo punto si veda in particolare V. Champeil-Desplats, *Raisonnement juridique et pluralité des valeurs*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001, spec. p. 63.

<sup>14</sup> Così, ad es., R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 295.

l'introduzione di clausole di esclusione, in modo da distinguere i casi in cui i diritti si applicano realmente da quelli in cui l'applicazione è possibile solo *prima facie*<sup>15</sup>.

### II.3. *La discrezionalità del bilanciamento*

Il primo assunto fondamentale che orienta la riflessione di Guastini<sup>16</sup> sulla ponderazione è che il conflitto tra principi costituzionali si possa dirimere solo mediante l'istituzione di una relazione assiologica di precedenza, ossia assegnando un maggior "peso" a uno dei diritti rispetto all'altro. La gerarchia istituita consiste in una relazione tra due norme *N1* e *N2*, tale che la norma *N1* è considerata più importante rispetto alla norma *N2*. Quest'operazione, non essendo fondata su meta-norme, ma su un solipsistico giudizio di valore dell'interprete, risulta estrinseca rispetto al testo costituzionale e non assoggettabile a un controllo intersoggettivo della comunità giuridica. Essa non conduce

---

Per un esempio di strategia specificazionista nel campo della filosofia morale: R. M. Hare, *Il linguaggio della morale* [1953], tr. it., Ubaldini, Roma, 1961, p. 56; Id., *Moral Conflicts*, in S. McMurrin (a cura di), *The Tanner Lectures on Human Values*, University of Utah Press, Salt Lake City, 1980, vol. I, pp. 169-193. Sulle tecniche che operano una delimitazione interpretativa dei diritti con lo scopo di prevenirne i conflitti: F. Toller, *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, 2 voll., in E. Ferrer Mac-Gregor (a cura di), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, vol. II, pp. 1199-1284.

<sup>15</sup> Sulla distinzione tra "norme assolute" e "norme *prima facie*": R. Shafer-Landau, *Moral Rules*, in «Ethics», 107, 1997, pp. 584-611.

<sup>16</sup> Per un'introduzione alla teoria guastiniana della ponderazione si vedano, da ultimo, J. Morero, *Guastini sobre la ponderación*, in «Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», 17, 2002, pp. 227-249; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Etica & Politica», 1, 2006, pp. 26-33; A. Sardo, *Teorías de la ponderación: análisis crítico*, in F. Morales, P. Grández Castro (a cura di), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Palestra, Lima, 2013.

alla dichiarazione d'invalidità di uno dei beni in conflitto, né alla formulazione di uno di essi come eccezione permanente di fronte all'altro, ma alla preservazione astratta di entrambi. La relazione di preferenza stabilita dipende pertanto da una scelta di valore, che potrà essere formulata dai giuristi nei termini di una previsione normativa, oppure tramite operazioni interpretative<sup>17</sup>.

Un secondo elemento caratteristico del bilanciamento, nella ricostruzione di Guastini, è che con esso si può solo ottenere una relazione di preferenza che sarà sempre relativa al caso concreto, più precisamente tale da non escludere una soluzione differente in casi futuri: poiché i due diritti o principi in conflitto restano entrambi pienamente validi, nulla garantisce che in un caso futuro, anche uguale al precedente, la gerarchia non sia capovolta. Tanto il procedimento ponderativo quanto la sua soluzione riguardano esclusivamente il singolo caso analizzato. In una prospettiva ancora più radicale (e quindi non integralmente riconducibile al) rispetto al particolarismo giuridico, la tesi sostenuta da Guastini è che non esistano ragioni oggettive (moralì o giuridiche) al di là delle per-

---

<sup>17</sup> Per la tesi che le gerarchie assiologiche siano stabilite esclusivamente dagli interpreti, cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 123; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 20, 43-44; Id., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, p. 136.

Per una rappresentazione del bilanciamento come gerarchia assiologica relativa soltanto a uno o più casi di conflitto tra principi: T. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «The Yale Law Journal», 96, 5, 1987, spec. pp. 948, 961, 977 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 32 ss.; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 287; J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», in Id. (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in «Afdum», 5, 2001, pp. 201-227; S. Pozzolo, *Neocostitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in «Doxa», 21, 2, 1998, pp. 340-341.

sonali e mutevoli scelte dell'interprete<sup>18</sup>. Sottesa a questa intuizione vi è una concezione della razionalità pratica che nega la possibilità di generalizzare o universalizzare le circostanze specifiche. «Il conflitto – scrive Guastini – non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz'altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull'altro [...]; ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri»<sup>19</sup>.

Partendo da queste premesse, al bilanciamento può ascriversi una duplice discrezionalità: in primo luogo, nel dare prevalenza a un diritto rispetto a un altro a scelta dell'interprete, e in secondo luogo, nella possibilità di ribaltare tale ordine di precedenza in casi futuri<sup>20</sup>. Occorre precisare, tuttavia, che tutte le fasi

---

<sup>18</sup> Un altro orientamento teso a rilevare il carattere discrezionale della ponderazione si può rinvenire nelle analisi di Ignacio De Otto, il quale, assumendo una posizione apertamente normativa, afferma che tale attività comporta la fissazione di "gerarchie materiali" tra elementi che, sul piano formale, occupano il medesimo grado gerarchico. Secondo l'autore, un'adeguata interpretazione delle disposizioni costituzionali che delimiti in maniera rigorosa il perimetro di ciascun diritto evidenzia invece che nei contesti di apparente collisione quanto accade in realtà è che il caso giudicato ricade al di fuori dell'ambito di applicazione di almeno uno dei precetti implicati (cfr. I. De Otto, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, in Id., L. Martín-Retortillo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1988).

<sup>19</sup> R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., p. 145. La riflessione guastiniana sulla ponderazione è concentrata soprattutto ne *I principi nel diritto positivo* (cfr. *ivi*). Ad ogni modo, con particolare riguardo alla distinzione fra gerarchie assiologiche fisse e mobili, si veda anche: Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 216-221, 252-253, 295-296; Id., *Ponderazione: un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 26, 2006, pp. 151-162.

<sup>20</sup> Come afferma anche Bruno Celano, «[n]el caso del bilanciamento fra principi in conflitto, sembra si possa affermare, la deliberazione giudiziale assume direttamente, senza mediazioni, i tratti del giudizio morale [...]; il giudice si pronuncia per così dire direttamente, senza essere soggetto a gran parte dei vincoli che abitualmente (almeno, così si ritiene) orientano la sua decisione, su questioni di giustizia. La metafora del bilanciamento, insomma, suggerisce un'immagine quasi sapienziale della decisione giudiziale» (B. Celano, *Giustizia procedurale pura e*

che precedono e seguono logicamente la fissazione o la revisione della gerarchia sono caratterizzate da un ampio margine di indeterminazione. Sono, infatti, operazioni discrezionali: la scelta delle fonti rilevanti; l'interpretazione delle fonti come principi, e non come regole; l'identificazione dell'antinomia parziale-parziale tra principi; la concretizzazione dei principi in una regola; e, in alcuni casi, la determinazione dell'estensione della regola (l'operazione sussuntiva)<sup>21</sup>.

Guastini, infine, dopo aver argomentato per un certo periodo a favore dell'impossibilità logica o concettuale di raggiungere un equilibrio sul piano sincronico tra due principi in conflitto<sup>22</sup>, ha poi aderito a una tesi empirica che sostiene l'implausibilità di una conciliazione: le Corti, di solito, non riescono a eseguire correttamente quest'operazione, con la conseguenza che il più delle

---

*teoria del diritto*, in *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, a cura di M. Basciu, Giuffrè, Milano, 2002).

Il carattere valutativo e irrazionale del bilanciamento è stato evidenziato soprattutto da J. Alder, *The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights*, in «Public Law Review», 4, 2006, pp. 697-721; J. Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 73; J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996, spec. p. 308; L. Henkin, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, in «Columbia Law Review», 78, 5, 1978, pp. 1022-1049; Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 167 ss.

Sull'irrazionalità di una decisione valida solo per il caso concreto, si vedano inoltre: N. McCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* [1978], tr. it., Giappichelli, Torino, 2001, pp. 119-120; J. Bayón, *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 2, 2002, [www.dirittoeququestionipubbliche.org](http://www.dirittoeququestionipubbliche.org), p. 14.

<sup>21</sup> Sulla discrezionalità del giudice costituzionale nelle operazioni interpretative e di bilanciamento: E. Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987; A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1989. Sul carattere "sapienziale" ed equitativo di alcune concezioni del bilanciamento: B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>22</sup> La distinzione tra bilanciamento e contemperamento è approfondita in: R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 230-231.

volte il bilanciamento si risolve, di fatto, nel sacrificio di un diritto a vantaggio di un altro<sup>23</sup>.

#### II.4. *Analisi di alcuni aspetti problematici*

Questa impostazione teorica, anche nella sua ultima declinazione, evidenzia diverse debolezze sul piano esplicativo. Essa non tiene conto di un dato essenziale, generalmente condiviso nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo: all'interno dell'area di qualsiasi diritto fondamentale vi è sempre la possibilità di distinguere alcune zone "periferiche" sacrificabili in caso di conflitto con altri diritti, dagli interessi di rango costituzionale più resistenti al bilanciamento. Inoltre, se la qualificazione del bilanciamento come costruzione di una gerarchia assiologica mobile è certamente applicabile all'*ad hoc balancing*, lo stesso non si può affermare con riguardo al *definitional balancing*<sup>24</sup>, in cui i criteri adottati dagli interpreti sono tendenzialmente stabili. Le Corti costituzionali, infatti, con una certa frequenza tendono a delineare tecniche argomentative con lo sco-

---

<sup>23</sup> Cfr. Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 219, spec. note 60 e 61.

<sup>24</sup> Su questa dicotomia, il riferimento classico è: T. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «Yale Law Journal», 96, 1987, pp. 943-1005. In argomento, si veda anche G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 3, pp. 109-123.

Nella letteratura teorico-generale, l'impossibilità o l'inutilità di ammettere uno spazio autonomo per il bilanciamento definitorio rispetto a quello *ad hoc* è sostenuta, oltre che da Aleinikoff, anche da R. Romboli, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1998, pp. 3967 ss.



po di guidare preventivamente la soluzione di un conflitto tra diritti o princìpi, piuttosto che ricostruire tali criteri volta per volta sulla base degli interessi emergenti in ogni singolo caso di conflitto.

Le tesi di Guastini sul bilanciamento mettono opportunamente in luce i margini d'indeterminazione che caratterizzano tale tecnica argomentativa, smascherando le opzioni ideologiche che guidano l'operato del giudice nell'analisi degli interessi in gioco. La sua teoria ha quindi il pregio di demistificare il carattere retorico del discorso interpretativo dei giudici. In questa ricostruzione, tuttavia, la ponderazione viene rivestita di un carattere totalmente casuistico e arbitrario: nella soluzione del conflitto tra princìpi non vi è spazio, nemmeno di fronte a casi simili o addirittura identici, per un ragionamento di tipo deduttivo o sussuntivo, né per l'individuazione di un criterio universalizzabile, idoneo a regolare casi futuri dotati di caratteristiche rilevanti analoghe. In questo modo, al giudice è assegnato un ruolo fondamentalmente equitativo: centrali, nel suo lavoro, divengono le opzioni ideologiche sottese alle sue decisioni, le intuizioni personali e le scelte soggettive. Vengono del tutto a mancare i criteri intersoggettivi di valutazione e giustificazione dell'attività del giudice nella gerarchizzazione dei princìpi costituzionali; non è contemplata la possibilità di valutare, preventivamente o in un momento successivo, la conformità delle scelte particolari dei giudici a un criterio generale.

La riflessione di Guastini, inoltre, non si limita, come sono soliti fare i sostenitori del bilanciamento *ad hoc*, a negare la possibilità che i casi dotati delle medesime proprietà rilevanti vengano giudicati in maniera stabile e coerente. Essa più radicalmente arriva a escludere la stessa possibilità di enucleare una regola di coordinazione in grado di offrire soluzioni riproducibili per i casi analoghi di

conflitto che si ripresenteranno in futuro<sup>25</sup>. Questa posizione, respingendo la possibilità di criteri intersoggettivi di controllo sull'ammissibilità degli argomenti che possono essere avanzati pro o contro una certa decisione, afferma che nella ponderazione non vi sia alcuno spazio per il valore della certezza giuridica che ispira, quantomeno come criterio orientativo, la giurisprudenza delle Corti costituzionali e dei giudici comuni e che fonda la possibilità stessa di valutare la correttezza delle decisioni giudiziali.

Non si può tuttavia trascurare che, oltre alle disposizioni interpretate dal giudice, nel bilanciamento rientrano una serie di elementi addizionali: le tecniche argomentative accreditate nella cultura giuridica di riferimento, i fattori istituzionali, i precedenti giurisprudenziali, le decisioni legislative, e così via. Tali fattori, non riconducibili a un ragionamento morale senza privo di qualsiasi vincolo giuridico, possono costituire un importante fattore di stabilizzazione dell'attività interpretativa dei giudici.

In particolare, un aspetto sorprendente dell'analisi di Guastini è la mancata considerazione della funzione dei casi paradigmatici nell'articolazione dei processi argomentativi dei giudici, individuabili (anche) attraverso un addestramento professionale e il riferimento a istanze consolidate di applicazione di un determinato diritto<sup>26</sup>. D'altra parte, non si può dimenticare un altro elemento

---

<sup>25</sup> Per un dibattito teorico-giuridico sul carattere particolaristico del bilanciamento tra diritti: M.C. Redondo, *Ragioni e norme*, in «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 439-468; B. Celano, *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, ivi, pp. 469-489. Per alcuni esempi di ricostruzioni particolaristiche del bilanciamento: R. Bin, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, pp. 3574 ss.; P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in Id., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003.

<sup>26</sup> Sulla funzione dei casi paradigmatici nel ragionamento giuridico: M. DePaul, *Intuitions in Moral Enquiry*, in D. Copp (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford U.P.,

idoneo ad escludere l'assoluta soggettività dell'interpretazioni giudiziale, ossia l'obbligo di giustificare (l'onere di argomentazione del giudice) le decisioni adottate sulla base dei criteri interni all'ordinamento giuridico e al quadro costituzionale<sup>27</sup>.

### III. *Il modello di Alexy*

#### III.1. *La riflessione sul bilanciamento come parte integrante di un progetto più ampio*

Il tentativo più sistematico di porre in risalto la "razionalità giuridica" della giurisdizione costituzionale e del bilanciamento, è stato compiuto da Robert Alexy<sup>28</sup>. In questo senso, la ponderazione si presenta come un metodo dotato di

---

Oxford, 2007, pp. 595-623; R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, pp. 255-257; J. Moreso, *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, in «Ragion Pratica», 18, 2002, pp. 241 ss.; S. Hurley, *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 212; G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 407-409.

<sup>27</sup> Cfr. in particolare A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo, Reidel, 1987, pp. 185-188. Per alcune, più generali, considerazioni sulla "cultura della giustificazione" come tratto distintivo del costituzionalismo contemporaneo: M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in «Law & Ethics of Human Rights», 4, 2, 2010, pp. 142-175; M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, cap. 6.

<sup>28</sup> Per un'introduzione critica alla teoria di Alexy: L. Clérico, *Sobre "casos" y ponderación: los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?*, 37, 2012, pp. 113-145; A. García Figueroa, *¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy?*, in R. García Manrique et al. (a cura di), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007; G. Maniaci, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 47 ss.; A. Sardo,

uno statuto di correttezza fondato sui vincoli costituzionali e su una cornice di regole offerta dalla teoria dell'argomentazione<sup>29</sup>. Il modello teorico di Alexy dev'essere inquadrato all'interno di un progetto più ampio quale la difesa di un neocostituzionalismo "discorsivo", il cui obiettivo principale consiste nella costruzione dei diritti fondamentali come postulati di una morale condivisa.

Rispetto alla teoria di Guastini, nel modello di ponderazione delineato da Alexy la parte normativa acquisisce una rilevanza nettamente più marcata. Esso infatti si prefigge di: i) prescrivere un procedimento per risolvere i conflitti tra principi costituzionali; ii) individuare alcune regole, di carattere razionale e trascendentale, implicite nelle pratiche argomentative dei giuristi; iii) razionalizzare le pratiche argomentative impiegate all'interno del *Bundesverfassungsgericht*, al fine di accreditare il bilanciamento come operazione dotata di precisione oggettiva e correggere i difetti della rappresentanza che inevitabilmente si producono nel processo di produzione e applicazione delle leggi.

Tanto il *Bundesverfassungsgericht*, quanto le altre Corti costituzionali, si trovano di fronte al compito di ridefinire i limiti propri dei diritti fondamentali attraverso il principio della proporzionalità, al fine di garantire la loro normatività e, più in generale, la validità delle norme giuridiche e dell'ordinamento nel suo complesso. La ragionevolezza del risultato delle argomentazioni giuridiche non è garantita dalla corrispondenza con alcuna morale sostanziale, quanto piuttosto da una prassi di carattere procedurale.

---

Alexy, *proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica*, in «Revus», 22, 2014, pp. 21-34.

<sup>29</sup> Cfr. soprattutto R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 107.

### III.2. *Conflitti tra regole e conflitti tra principi: analisi di alcune differenze*

Come si è visto, Alexy sostiene (con un'interpretazione fortemente controversa e criticabile) che le norme che esprimono diritti fondamentali s'identifichino sempre con principi. Nella sua ricostruzione, diversamente dalle regole, i principi sono norme che possono essere rispettate in misura maggiore o minore secondo il peso che l'interprete attribuisce loro rispetto a un principio concorrente. L'elemento differenziale fra le due categorie risiede dunque nel poter essere le regole solamente soddisfatte o non soddisfatte, mentre i principi prescrivono che qualcosa sia realizzato nella misura più alta possibile. Le regole sono determinazioni (*Festsetzungen*) nell'ambito (*Raum*) delle possibilità (*Möglichkeiten*) fattuali e giuridiche esistenti (le circostanze empiriche e normative che si danno in un determinato contesto). Di contro, i principi sono precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*) il cui contenuto può essere individuato attraverso il dialogo razionale<sup>30</sup>. I principi hanno un contenuto relativamente più generale, astratto e generico rispetto a quello delle regole e sono pertanto suscettibili di espansione e compressione. Essi non prescrivono delle condotte specifiche, ma rinviando a valori che richiedono essere attuati nella maggior misura possibile a seconda dei contesti. L'enunciazione di un principio equivale

---

<sup>30</sup> Cfr. in particolare R. Alexy, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, in «Doxa», 5, 1988, p. 143; R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., cap. III.

Secondo Atienza e Ruiz Manero (*Sobre principios y reglas*, in «Doxa», 10, 1991, pp. 101-120), «[la tesis de que] los principios pueden ser cumplidos en diversos grados es verdadera por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto» (*ivi*, p. 109). Gli autori rifiutano anche l'ipotesi che il significato dei principi sia esaurito dai mandati di ottimizzazione.

Per una presentazione critica delle tesi Alexy si vedano anche Id., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006. M. Atienza, *A vueltas con la ponderación*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, pp. 43-59.

alla statuizione di una ragione che, *prima facie*, supporta ogni comportamento che contribuisce ad attuare quel determinato principio. Al fine di conoscere l'effettiva portata di un principio è necessario interpretare anche il contenuto degli altri principi concorrenti potenzialmente applicabili, se esistenti, e alle circostanze del caso concreto.

I conflitti tra regole e i conflitti tra principi sono ipotesi di antinomia normativa accomunate dal seguente aspetto. In entrambi i casi, l'applicazione delle norme in conflitto produce risultati incompatibili: un conflitto tra regole può essere risolto introducendo una clausola di eccezione rispetto a una delle due regole oppure dichiarando invalida almeno una di esse. Viceversa, quando due principi offrono soluzioni normative confliggenti per la risoluzione del medesimo caso concreto allora uno di essi si troverà a prevalere sull'altro. Nella prima ipotesi, difatti, si dovrà ricorrere ai tradizionali criteri di soluzione delle antinomie, come quello gerarchico (con prevalenza della *lex posterior*) o di specialità (con prevalenza della *lex specialis*): si continuerà dunque a operare, in questi casi, nell'ambito della validità (*Geltung*). Di contro, nella seconda ipotesi, tale ambito richiede di essere superato, dovendosi piuttosto considerare la dimensione del peso (*Dimension des Gewichts*).

### III.3. Le tesi centrali sulla proporzionalità

Nella prospettiva di Alexy, il giudizio di bilanciamento rappresenta una procedura razionale di applicazione del diritto. Esso più precisamente costituisce una sezione del più generale principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), ossia il metodo per stabilire il grado di soddisfazione "ap-

propriato” di un principio di fronte agli altri, all’interno di un determinato sistema normativo<sup>31</sup>. Come si è visto<sup>32</sup>, secondo Alexy il ricorso alla proporzionalità è logicamente determinato dalla natura intrinseca dei diritti fondamentali. Essa riveste un essenziale ruolo di mediazione razionale tra il sistema costituzionale e la morale oggettiva. La sua funzione principale consiste nella verifica delle possibilità fattuali e giuridiche di realizzazione di un principio o di soddisfazione di un diritto.

La proporzionalità presenta una struttura trifasica, articolata appunto in tre metaprincipi: i) adeguatezza (*Geeignigkeit*) – la verifica, in conformità a un insieme di conoscenze empiriche e di valutazioni soggettive, che un certo strumento (una legge, sentenza ecc.), invasivo di un diritto fondamentale, sia ido-

---

<sup>31</sup> Sul dibattito teorico-giuridico più recente in materia di proporzionalità: A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in «Law & Ethics of Human Rights», cit.; D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oup, Oxford, New York, 2004; V. Jackson, *Being Proportional About Proportionality*, in «Constitutional Commentary», 21, 3, 2004, pp. 803-859; J. Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in «Cambridge Law Journal», 65, 1, 2006, pp. 174-207; G. Huscroft, B. Miller, G. Webber (a cura di), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; K. Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, in «International Journal of Constitutional Law», 10, 3, 2012, pp. 709-731; J. Matthews, A. Stone Sweet, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in «Columbia Journal of Transnational Law», 47, pp. 73-165; I. Porat, *Some Critical Thoughts on Proportionality*, in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (a cura di), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009; B. Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, in «Duke Journal of Comparative & International Law», 22, 2012, pp. 291-302; S. Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in «International Journal of Constitutional Law», 7, 3, 2009, pp. 468-493; G. Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 23, 2010, pp. 179-202.

<sup>32</sup> Sulla relazione tra proporzionalità e logica dei principi: R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* [1994], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2012, p. 133. Per una critica articolata del nesso di implicazione logica tra principi e proporzionalità: K. Möller, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal», 5, 3, 2007, pp. 453-468.

neo a proteggere un altro diritto fondamentale –; ii) necessità (*Erforderlichkeit*) – la verifica che la soddisfazione del diritto concorrente non possa essere realizzata con modalità alternative meno gravose –; iii) proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) – l’elaborazione della regola (o massima) della ponderazione –: «quanto maggiore è il grado di non soddisfazione di, o di interferenza con, un diritto, tanto maggiore deve essere l’importanza della soddisfazione dell’altro»<sup>33</sup>.

Nella prima fase si stabilisce l’idoneità dell’azione rispetto ai principi dell’ordinamento, mediante un giudizio di razionalità tecnico di tipo “mezzo-fine”<sup>34</sup>. Nella seconda fase, invece, si cerca di verificare se esistano altre misure capaci di ottimizzare un certo principio P1 in maniera altrettanto efficace, però meno invasiva rispetto a un secondo principio P2, che si assume essere in conflitto con P1. Nell’ultima fase l’organo decisore stabilisce il valore relativo dei principi in gioco, determinando una gerarchia tra le preferenze condizionate. In virtù di tali caratteristiche, il giudizio di ponderazione consiste pertanto nel valutare l’importanza dei principi al fine di ottenere una soluzione armonizzatri-

---

<sup>33</sup> Sull’articolazione della procedura di bilanciamento: R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 146 ss.; Id., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 136, 138; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 7, 2002, pp. 131-144; Id., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 433-449; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in «Ars Interpretandi», 10, 2005, pp. 97-123.

Per un utilizzo di tale modello all’interno della letteratura teorico-giuridica: L. Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación*, in Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216; C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Cepc, 2005; S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart, 2005, pp. 451-453.

<sup>34</sup> Alexy a questo proposito afferma che se la scala dell’intensità dell’interferenza deve prevedere un numero minimo di almeno due grandezze, essa può comunque essere ampliata, in modo da renderla sempre più precisa rispetto alle circostanze del caso concreto.



ce, che ottimizzi la loro realizzazione nel caso concreto. I conflitti fra principi vengono risolti fissando una relazione di priorità condizionata (*bedingte Vorrangrelation*), che corrisponde a una proposizione di questo tipo: «il principio P1 prevale sul principio P2 sotto le condizioni C».

#### III.4. La “legge del bilanciamento”

La “legge del bilanciamento”, in altri termini, è un presupposto fondamentale dell’argomentazione giuridica che ci dice che il grado di sacrificio di un principio deve andare sempre di pari passo con l’importanza assegnata al principio concorrente. Tale verifica riguarda la valutazione che il sacrificio imposto ai diritti fondamentali da una misura che persegue un obiettivo di interesse pubblico, sia ragionevolmente equilibrato rispetto al grado di soddisfazione di quest’ultimo<sup>35</sup>. Il prodotto della ponderazione consiste allora in una regola condizionale il cui antecedente è costituito da quelle proprietà che hanno determinato le condizioni di prevalenza tra due principi.

La stessa regola della ponderazione presenta una struttura triadica: i) la legge della ponderazione; ii) la formula del peso; iii) gli oneri dell’argomentazione. Inizialmente si stabilisce il grado di non-soddisfazione di uno dei due diritti, successivamente l’importanza della soddisfazione del diritto concorrente, infine si verifica se l’importanza di soddisfare quest’ultimo diritto giustifichi l’interferenza o la non-soddisfazione del primo diritto. A questo punto della ri-

---

<sup>35</sup> Sul principio di proporzionalità come specificazione del principio di ragionevolezza delle decisioni giuridiche: R. Alexy, *The Reasonableness of Law*, in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (a cura di), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. I.

costruzione iniziano a comparire elementi formulati in termini quantitativi, come se fossero oggettivamente determinabili, quali il grado della non-soddisfazione di un diritto e la misura dell'importanza dell'altro diritto. L'opinione di Alexy è infatti che tali entità possano essere rese con grandezze numeriche, collocandole (nella sua proposta) in una scala triadica: violazione "grave", "media", "lieve" di un diritto; importanza astratta "elevata", "media", "bassa" di ciascuno dei diritti in conflitto. Può inoltre essere resa con una grandezza quantitativa anche una terza serie di fattori rilevanti per l'applicazione della regola della ponderazione, ossia l'affidabilità delle assunzioni empiriche che riguardano il grado d'interferenza di un diritto sull'altro.

### III.5. La "formula del peso"

Tutti questi elementi, tradotti in quantità numeriche, potranno essere disposti in una regola di carattere procedurale, il cui quoziente fornirà quella che Alexy, con un uso metaforico (improprio, secondo i suoi critici) del linguaggio matematico, definisce la "formula del peso" (*Gewichtsformel*)<sup>36</sup>, ossia rivelerà quale dei due diritti ha più peso (concreto, all'interno di un conflitto specifico) rispetto all'altro. Tale formula è costituita da una serie di variabili cui si possono attribuire valori numerici: i) il peso astratto dei principi in gioco ( $W_i/W_j$ ); ii) il grado d'interferenza dei principi all'interno del caso concreto ( $I_i/I_j$ ); iii) la sicurezza delle valutazioni empiriche ( $R_i/R_j$ ). Al giudice spetterà pertanto il compito di mettere in atto un procedimento articolato in queste tre fasi logicamente distinte, il cui obiettivo finale è quello di quantificare il peso concreto di un

---

<sup>36</sup> Cfr. R. Alexy, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, cit., spec. p. 106.

principio ( $P_i$ ) rispetto a un altro ( $P_j$ ), alla luce delle circostanze concrete di ogni caso. Senza che sia necessario ripercorrerle nel dettaglio, è sufficiente ricordare che la prima, più semplice, considera solo il grado di compressione dei due principi in competizione nel caso concreto, mentre l'altra, più estesa, considera anche il peso in astratto degli stessi e il grado di attendibilità empirica della previsione degli effetti di una misura<sup>37</sup>. Una rappresentazione particolarmente perspicua della formula alexyana è stata fornita da José Juan Moreso:

el peso concreto de un principio  $P_i$  que colisiona con otro principio  $P_j$ , es decir,  $W_{i,j}$ , es el cociente que resulta de dividir la intensidad de la interferencia en el primer principio ( $I_i$ ) por la intensidad de la hipotética interferencia sobre el segundo principio bajo el supuesto de que se omitiera la interferencia con el primero ( $I_j$ ). Esta es, entonces, la fórmula:  $W_{i,j} = I_i/I_j$ . En los casos en los que el valor es mayor que 1 el principio  $P_i$  precede a  $P_j$ . En los casos en que es menor que 1  $P_j$  precede a  $P_i$ . El empate se da cuando la división es igual a 1. Los valores numéricos pueden asignarse suponiendo que las interferencias leves equivalen a 20, las moderadas a 21 y las graves a 22. [...] Es posible añadir en la fórmula lo que Alexy denomina el peso abstracto de los principios, es decir la importancia en abstracto de un principio sobre otro, al margen de las circunstancias del caso concreto. Esto da como resultado la fórmula siguiente:  $W_{i,j} = I_i \cdot W_i / I_j \cdot W_j$ . Según Alexy, esta reconstrucción de la ponderación hace de ella un actividad controlable racionalmente. Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética<sup>38</sup>.

In questo senso, si può affermare che la formula del peso rappresenti uno sviluppo complementare della Legge della ponderazione, la quale – ricordiamo – stabilisce che il grado di sacrificio di un principio debba essere relazionato con

---

<sup>37</sup> Cfr. soprattutto R. Alexy, «Die Gewichtsformel», in J. Jickeli, M. Kreutz, D. Reuters (a cura di), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, 2003, p. 771.

<sup>38</sup> J. Moreso, *La aritmética de la ponderación*, in Id., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 312-313.

l'importanza assegnata al principio concorrente<sup>39</sup>. La relazione di precedenza individuata non si determina, infatti, esclusivamente attraverso un confronto dell'importanza dei principi all'interno del caso concreto, ma mediante un'operazione di più ampio respiro, che finisce per involgere anche la considerazione del peso astratto e le valutazioni empiriche relative all'importanza dei principi. Questo crea un legame indissolubile tra la formula del peso e la legge originaria della ponderazione: la formula del peso potrebbe esser vista come espressione di un "meta-bilanciamento" operato sulla certezza delle premesse che fondano la ponderazione vera e propria.

La formula di Alexy – occorre poi precisare –, vincolando il giudizio di bilanciamento alle caratteristiche esibite da ciascun caso concreto, finisce per condurre a un modello di bilanciamento caso per caso, sebbene orientato da una formula matematica suscettibile di essere universalizzata. In questo modo, secondo il filosofo, la procedura del bilanciamento diventerebbe assoggettabile a un controllo razionale analogo a quello della procedura di sussunzione sillogistica.

### III.6. *Analisi di alcune critiche*

#### III.6.1. *Le obiezioni di Habermas*

Come si è già visto, secondo Jürgen Habermas l'interpretazione alexyana dei principi in termini teleologici comporterebbe una significativa perdita di normatività deontica dei diritti, che verrebbero consegnati a considerazioni econo-

---

<sup>39</sup> Il momento culminante della procedura di bilanciamento – afferma Alexy – consiste nel raggiungimento di «an area in which interferences can hardly ever be justified by any strengthening of the reasons for the interference» (R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2003, p. 439).

miciste (il bilanciamento ridurrebbe i diritti all'analisi costi-benefici, a una loro considerazione in termini di interessi utilitaristici), con il risultato di far dipendere le soluzioni dei singoli casi esclusivamente dalle irrazionali e soggettive valutazioni dei giudici<sup>40</sup>. In sede di concretizzazione dei principi – argomenta Habermas – il ricorso alle tecniche ponderative porta a costruire un ordine instabile e arbitrario tra valori costituzionali. L'elemento di maggior rilievo per garantire il rispetto della certezza del diritto, secondo il filosofo, è costituito dalla struttura del processo argomentativo: più in particolare, dalla dimensione intersoggettiva del discorso giuridico e dalla ricerca di un consenso basato su un'ipotetica approvazione dei partecipanti nella "ricerca cooperativa della verità" (la possibilità per tutti di argomentare, in seguito a un dialogo non costrittivo, in merito al significato di un caso o di una norma, accettandone liberamente la pretesa di validità).

In contrapposizione al metodo del bilanciamento, che finirebbe per sacrificare qualsiasi diritto ad esigenze e scopi eterogenei, Habermas riprende la proposta avanzata da K. Günther della "teoria della norma adeguata"<sup>41</sup>, consistente nell'individuare, all'interno delle norme applicabili *prima facie*, quella che meglio si accorda allo specifico contesto di applicazione. Tale meccanismo alternativo, tuttavia, risulta problematico, dal momento che, perlomeno da un punto di vista giuridico, un caso ricade all'interno delle condizioni di applicazione

---

<sup>40</sup> Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., pp. 302-316. Per alcune obiezioni analoghe: G. Webber, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 87 ss.

<sup>41</sup> Cfr. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendung Diskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988; Id., *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», 45, 1992, pp. 36-76. Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., pp. 302 ss.

di una norma, che risulterà pertanto applicabile, oppure ricade al di fuori. Se, come afferma Habermas, si tratta di scegliere tra diverse norme applicabili *prima facie*", questo può significare: 1) che una o alcune di esse non sia/siano realmente applicabile/i; 2) che esistono varie norme applicabili al caso, ma che solo una di esse sia "adeguata", e pertanto applicabile. Nella prima ipotesi, almeno qualora si sostenesse che esista sempre e necessariamente un'unica norma applicabile al caso concreto, ci troveremmo di fronte a una *petitio principii*; nella seconda ipotesi, non si comprende quale sarebbe la differenza tra la "selezione della norma adeguata" e la determinazione della norma destinata a prevalere come risultato di una ponderazione.

### III.6.2. *Le obiezioni di Schlink*

Analogamente ad Habermas, anche Bernhard Schlink considera la ponderazione (o proporzionalità in senso stretto) un procedimento irrazionale di carattere decisionista, inadeguato a fondare i limiti dei diritti fondamentali. Gli autori convergono nel ritenere che sia la stessa struttura della ponderazione a non permettere di elaborare giudizi razionali, assoggettabili a un controllo intersoggettivo, rispetto all'intensità dell'intervento e all'importanza di soddisfare il principio che giustifica tale intervento. Tale metodo consegnerebbe un elevato potere discrezionale nelle mani del giudice costituzionale, il quale potrebbe utilizzare le proprie valutazioni personali per giustificare l'intensità del suo intervento nelle collisioni tra diritti fondamentali, svolgendo un compito fonamen-

talmente para-legislativo, lesivo dell'autonomia politica del Parlamento<sup>42</sup>.

Secondo Schlink, gli argomenti normalmente utilizzati per determinare i contenuti della proporzionalità in senso stretto non risultano razionalmente giustificabili, essendo il risultato di un'attività volitiva e creativa. Sul piano operativo, guardando alle prassi interpretative del Tribunale Costituzionale Federale, la ponderazione rappresenta un procedimento superfluo ai fini dell'interpretazione giuridica del contenuto dei diritti fondamentali. D'altra parte – argomenta l'autore – almeno da un punto di vista teorico-concettuale, la ponderazione si rivela uno strumento imprescindibile nella valutazione della proporzionalità (mediante i sottoprincipi della adeguatezza e della necessità, che non richiederebbero elementi valutativi addizionali) tra misure restrittive e finalità o beni costituzionalmente riconosciuti.

Il test di proporzionalità, in questa prospettiva, finisce per risolversi nella sola ragionevolezza del mezzo impiegato per raggiungere il fine desiderato. Tutte le volte in cui non sia possibile determinare quale dei due diritti debba prevalere nel caso concreto, sarà necessario ricorrere alla determinazione dei loro contenuti, per poi stabilire quale sia quello necessario.

Quest'ultima proposta di semplificazione, tuttavia, non sembra potersi applicare a quei casi in cui il ricorso ai sottoprincipi di adeguatezza e di necessità non risultino sufficienti per determinare la priorità di un diritto rispetto a un altro e la garanzia del loro contenuto essenziale (i cosiddetti *hard cases*, caratteriz-

---

<sup>42</sup> Cfr. B. Pieroth, B. Schlink, *Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 70; B. Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, in «EuGRZ», 11, 1984, p. 462; Id., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in P. Badura, H. Dreier (a cura di), *Festschrift 50 Jahre des BverfG*, 2 voll., Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 460 ss. Per la replica di Alexy (anche alle obiezioni di Habermas), si veda in particolare: R. Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, spec. p. 28.

zati da una particolare problematicità dell'argomentazione orientata a determinare la soluzione corretta)<sup>43</sup>. Va inoltre rilevato che, tanto nell'analisi di Schlink quanto in quella di Habermas, non compaiono elementi decisivi, sul piano della teoria del diritto, che dimostrino l'assenza di criteri razionali per determinare le misure in cui si articola la struttura del bilanciamento nella ricostruzione di Alexy.

### III.6.3. *Le obiezioni di García Amado*

L'analisi critica di Juan Antonio García Amado, che muove da una posizione di scetticismo etico, si fonda sulle seguenti tesi: 1) nel modello della ponderazione, dietro a ogni regola esiste sempre un principio, per cui tutti i conflitti tra regole sono al contempo anche conflitti tra principi (e pertanto suscettibili di essere bilanciati). 2) La ponderazione è un metodo privo di autonomia, dal momento che il suo risultato dipende dall'interpretazione delle norme (di rango costituzionale o infracostituzionale) implicate; non è altro che una tecnica argomentativa impiegata dalle Corti costituzionali per giustificare le proprie decisioni soggettive e arbitrarie. 3) La ponderazione si rivela uno strumento innecessario, dal momento che l'elemento centrale è costituito dall'interpretazione dei precetti normativi. In definitiva, la ponderazione rappresenta una riproposizione del tradizionale metodo sussuntivo<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Si veda in questo senso V. Afonso da Silva (*Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 132), che evidenzia la problematicità di determinare il contenuto essenziale di un diritto in assenza di un bilanciamento preliminare.

<sup>44</sup> Cfr. J. García Amado, *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*, in R. Sanin Restrepo (a cura di), *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado*



Le obiezioni formulate da García Amado si fondano su una distinzione dicotomica e strutturale tra regole e principi: le disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali assumono la forma di principi, mentre le regole rappresentano il risultato di un'opera di ponderazione. Sulle ragioni dell'implausibilità di questo modello ci si è già soffermati. Quanto preme rilevare ora è l'incongruenza della tesi per cui un modello di scrittura costituzionale che formulasse i diritti fondamentali in termini di regole rappresenterebbe un progresso in termini di certezza del diritto o prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle norme. Soprattutto nel caso in cui si ammetta la tesi, difesa dallo stesso autore, che le regole rappresentino il risultato della concretizzazione del contenuto dei principi (che involgono un elevato grado di indeterminatezza e discrezionalità interpretativa).

García Amado, come abbiamo visto, sostiene inoltre che la ponderazione sia una procedura priva di autonomia, in quanto legata a un'interpretazione previa delle norme in questione. Nella ricostruzione di Alexy, in realtà, per operare un bilanciamento è sempre necessario determinare quali beni, principi o diritti costituzionali sono entrati in conflitto, sussumendo i fatti nelle fattispecie corrispondenti, per poi sottoporli al test di proporzionalità (valutando se la misura restrittiva adottata è effettivamente necessaria e adeguata).

Da un punto di vista logico, la ponderazione rappresenta un momento funzionale e propedeutico alla determinazione del contenuto dei principi costituzionali: il giudice si trova ad assegnare un significato *prima facie* alle disposizioni costituzionali, che rimangono in attesa di essere concretizzate. È pertanto

---

*contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 120-163; Id., *¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007*, in «Palestra del Tribunal Constitucional», 8, 2007, pp. 623 ss.

evidente che la ponderazione non esclude la sussunzione, ma la presuppone. La stessa sussunzione, infine, non essendo esente dalle incertezze linguistiche proprie di tutti i linguaggi naturali, può essere attuata ricorrendo a fattori irrazionali, emotivi, soggettivi o arbitrari. La differenza, semmai, risiede nella maggiore frequenza e intensità con le quali i giudici costituzionali, nei casi in cui operano un bilanciamento, sono soliti rinviare a considerazioni morali di carattere sostantivo. La ponderazione è in realtà una mera tecnica argomentativa (il metodo di interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali con caratteri di principio), suscettibile pertanto di essere utilizzata con diverse modalità. L'obiezione tesa a rilevare la retoricità della ponderazione si rivolge inconsapevolmente al contenuto delle singole argomentazioni utilizzate dai giudici (quindi a un elemento esterno, riguardante il contesto della giustificazione), quando invece, per raggiungere il proprio scopo, dovrebbe essere diretta alla sua struttura logica interna.

#### III.6.4. *Le obiezioni di Moreso*

La critica di José Juan Moreso alla struttura della ponderazione è incentrata sull'incommensurabilità dei principi che vengono ponderati attraverso il ricorso alla formula del peso, e prende altresì di mira la strategia con la quale si risolvono i conflitti tra i principi giuridici attuali e futuri.

A fondamento delle diverse obiezioni formulate si può individuare l'impossibilità di formulare giudizi relativi a un caso concreto che siano validi anche per un caso futuro. Moreso accusa Alexy di "particolarismo", sostenendo che nel suo ragionamento vi sia spazio solo per una ponderazione *ad hoc*, nel

senso che «una sola propiedad diferente puede comportar una solución diferente para el caso»: una sola caratteristica differenziale può giustificare l'introduzione di un'eccezione, in base alla quale si viene a modificare la regola di priorità. Tale rilievo fa riferimento alla forma di risolvere i conflitti tra principi costituzionali, basandosi sulla distinzione tra principi morali di carattere particolarista e principi morali di carattere universalista. Da questa distinzione Moreso deduce che la tecnica per risolvere i conflitti tra principi proposta dalla ponderazione implica il ricorso a una strategia particolarista, ossia una forma di ragionamento giuridico dipendente dalle circostanze del caso concreto<sup>45</sup>.

Viceversa, il modello specificazionista proposto da Moreso (già descritto nel capitolo precedente) aspira ad occupare un'area intermedia tra i due estremi del particolarismo e dell'universalismo, rappresentando la ponderazione come un passaggio previo rispetto alla sussunzione, mediante il riferimento a casi paradigmatici (le caratteristiche, i fatti o le circostanze che giustificano la relazione di priorità condizionata stabilita dalla ponderazione) che consentano di delimitare il perimetro delle ricostruzioni ammissibili all'interno del ragionamento pratico<sup>46</sup>. Scrive in proposito l'autore:

dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos. [...] Al respecto Alexy sólo nos da una pista: que el derecho a la vida tiene mayor peso abstracto que la libertad general de actuar. Se trata de una intuición plenamente aceptable, como es obvio, pero está muy lejos de ser ni

---

<sup>45</sup> «Lo que la concepción particularista rechaza de la subsuntiva puede ser resumido del siguiente modo: el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia» (Id., *Dos concepciones en la aplicación de normas*, in id. *La Constitución: modelo para armar*, cit., p. 298).

<sup>46</sup> Cfr. *ivi*, p. 303.

siquiera el núcleo de una escala de ordenación de todos los derechos constitucionales. Sin esa escala, en cada caso concreto a enjuiciar se planteará de nuevo la cuestión del peso abstracto de cada principio en liza. Además, ¿cómo sabemos si por ejemplo la libertad de expresión e información tiene o no más peso abstracto que el derecho al honor? [...] En resumen, no es claro qué es lo que debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales<sup>47</sup>.

Una prima obiezione formulata da Moreso fa riferimento all'esigenza di una scala gerarchica astratta dei diritti: non esistendo criteri che permettano di determinare se il diritto alla vita sia più importante del diritto alla libertà o se il diritto alla salute sia più importante del diritto al lavoro, in ogni caso di colli-

---

<sup>47</sup> Cfr. J. Moreso, *Alexy y la aritmética de la ponderación*, cit., p. 313. Moreso fa riferimento in particolare a un caso di collisione, trattato dallo stesso Alexy, tra la libertà di espressione e il diritto all'onore, nel quale la rivista satirica *Titanic* aveva chiamato 'assassino nato' e, successivamente, 'storpio', un ufficiale della riserva paraplegico che era stato chiamato nuovamente nelle fila dell'esercito per alcuni esercizi militari. Il Tribunale Superiore di Dusseldorf condannò la rivista a pagare un indennizzo di 12000 marchi tedeschi all'ufficiale. Di fronte al ricorso di *amparo* presentato dalla rivista, il Tribunale stabilì che, mentre definire l'ufficiale 'assassino nato' costituisce un'interferenza moderata o lieve nel suo diritto all'onore, dal momento che appellativi di questo tipo sono usuali nel genere satirico (mentre l'interferenza nella libertà di espressione viene considerata 'grave'), chiamare invece 'storpio' un paraplegico rappresentava un'interferenza gravissima che finiva per prevalere sulla libertà di espressione della rivista.

A questo proposito, si domanda Moreso: «¿cuál de los principios, la libertad de expresión y el derecho al honor, tiene mayor peso en abstracto? Nada nos dice al respecto Alexy y, de ello, tal vez haya que concluir que Alexy considera que tienen igual peso. Sin embargo, sólo una teoría plenamente articulada de los derechos nos permitiría alcanzar dicha conclusión y una teoría así está aún por construir. En segundo lugar, ¿por qué denominar al oficial 'asesino nato' es una interferencia moderada o leve (y, es más, debería decirse si es moderada o es leve), mientras tildarle de 'tullido' es gravísima (que, por cierto, no es una categoría presente en la clasificación de Alexy)? Y ¿por qué imponer una indemnización no muy alta, como en este caso, a los editores de la revista constituye una interferencia grave en la libertad de expresión? Alguien podría argüir, con perfecto sentido, que este tipo de expresiones puede ser evitado sin merma significativa de la libertad de expresión ni de la libertad de información. En tercer lugar, esta sentencia también muestra claramente la dificultad de establecer criterios generales con este método: en el caso de la expresión 'asesino nato' la libertad de expresión precede al derecho al honor, en el caso de 'tullido' ocurre lo contrario. ¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro?» (*ivi*, p. 315).

sione si pone il problema di determinare ogni volta il peso astratto dei principi coinvolti<sup>48</sup>.

Un criterio di strutturazione gerarchica dei principi risulta incompatibile con la tecnica della ponderazione, che consiste appunto in un procedimento di applicazione di norme con carattere di principio, in cui si stabilisce una relazione di priorità condizionata tra gli stessi, in funzione delle circostanze del caso. È la stessa ponderazione, in altri termini, a richiedere una determinazione del peso dei principi sempre e soltanto all'interno del caso concreto. Che la ponderazione presupponga l'inesistenza di gerarchizzazioni astratte, tuttavia, non rappresenta un elemento sufficiente per dimostrarne l'aleatorietà. Quando in un bilanciamento si chiamano in causa pesi astratti, lo si fa con il fine di integrare la relazione comparativa tra i diritti fondamentali in oggetto, riferendosi a una variabile distinta (introdotta con la formula del peso) rispetto al grado di intervento sul diritto fondamentale implicato e al grado di importanza della soddisfazione del diritto fondamentale contrapposto.

La determinazione di questi parametri si realizza in funzione di argomenti che il più delle volte risultano esterni al discorso giuridico. Come osserva Carlos Bernal Pulido<sup>49</sup>, i pesi astratti derivano dal modello di ordinamento giuridico a cui appartengono i principi in competizione. Ad esempio, il peso astratto del diritto alla vita avrà un valore diverso, in uno Stato costituzionale, rispetto a uno Stato comunista; al diritto alla proprietà privata sarà attribuita una rilevanza maggiore in uno Stato liberale di diritto piuttosto che in uno Stato socialista.

---

<sup>48</sup> «Dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos» (*ivi*, p. 312).

<sup>49</sup> C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 71.

Una seconda obiezione di Moreso fa riferimento alla mancanza di oggettività della scala triadica e alla conseguente impossibilità di fondare razionalmente l'intero procedimento ponderativo. Secondo l'autore, il processo trifasico delineato da Alexy dovrebbe disporre di una struttura analoga a quella della classificazione dei minerali, in cui la durezza di ciascun minerale viene determinata in funzione della loro capacità di graffiare gli altri. Afferma in proposito Moreso:

[n]o veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave<sup>50</sup>.

Rispetto a questa obiezione, si può osservare che, per le stesse ragioni, la razionalità della scala triadica della ponderazione risiede nella possibilità di effettuare valutazioni intersoggettivamente condivisibili ricorrendo a elementi del discorso pratico generale.

### III.6.5. *Analisi critica della teoria di Alexy*

La ricostruzione di Alexy si prefigge di sottoporre l'attività di ponderazione ad alcune regole generali, non esclusivamente basate su valutazioni personali dell'interprete, ma valide sul piano intersoggettivo. L'intera riflessione dell'autore sul tema può essere vista come un tentativo di formalizzare la struttura logica del bilanciamento in termini matematici, attraverso l'elaborazione di

---

<sup>50</sup> J. Moreso, *Alexy y la aritmética de la ponderación*, cit., p. 307.

una formula da impiegare all'occorrenza per decidere i casi in cui differenti principi entrino in competizione.

Un primo dato che emerge dall'analisi della sua teoria della ponderazione è che Alexy sembra riporre un'eccessiva fiducia nella possibilità di tradurre in termini tecnico-scientifici, quantitativi (e nella possibilità di attribuire alle formule ottenute un valore universale, valido anche per i casi futuri), le operazioni interpretative dei giudici e in particolare le tecniche ponderative. Il principale problema epistemologico sotteso a tale modello, in altri termini, riguarda la liceità di convertire in uno schema puramente formale un modello interpretativo di ragionamento pratico-giuridico.

Innanzitutto – va detto – l'utilizzo diffuso di formule matematiche complesse non sembra apportare contributi significativi in termini di chiarezza espositiva; d'altra parte, risulta implausibile che le Corti costituzionali (a partire da quella tedesca) si trovino realmente ad utilizzare tali modelli di ragionamento giuridico, al punto da legittimare il dubbio se la loro utilità non possa risiedere piuttosto in una ricostruzione *ex post* delle loro decisioni o argomentazioni. La razionalizzazione che la procedura alexyana propone sembra infatti operare più che altro sul piano del "contesto della giustificazione", posto che un criterio per ordinare i diritti costituzionali in astratto è strutturalmente indisponibile. Gli aspetti concettuali e metodologici andrebbero separati dalla dimensione normativa, che nella teoria di Alexy acquisisce una rilevanza preponderante. In particolare, lo stesso principio di proporzionalità, che guida l'interprete/decisore nell'attività di ponderare beni, principi o diritti costituzionali, rappresenta più che altro un criterio per determinare quali relazioni di precedenza sarebbero corrette o sarebbero giustificate.

È poi quantomeno discutibile che a tutti i fattori considerati (la gravità dell'interferenza, il peso astratto dei diritti in conflitto e l'importanza dei singoli, in particolare) sia possibile attribuire quell'esattezza numerica che viene postulata, basandosi peraltro su valutazioni in astratto (è realmente possibile giudicare lieve o grave la lesione di un diritto, senza prendere in considerazione l'importanza del diritto concorrente, o viceversa?). L'opera di ascrizione di un peso a due principi o diritti in conflitto presenta un carattere relazionale e bilaterale<sup>51</sup>.

Per quanto riguarda la gravità dell'interferenza, in particolare, possono esistere casi facili, "paradigmatici", in cui essa sia evidente, ma è più probabile che non sia affatto chiaro se un'interferenza debba essere considerata lieve, media o grave<sup>52</sup>. L'artificiosità del modello del filosofo tedesco risiede soprattutto in questo aspetto: esso propone delle tecniche arbitrarie di misurazione quantitativa di fattori che in realtà andrebbero sempre considerati come indissolubilmente connessi, nella ricerca di una sorta di equilibrio riflessivo tra i mezzi a disposizione, il grado di soddisfazione di un diritto o di un principio, e il livello di lesione di un altro diritto o principio.

La determinazione del peso astratto dei principi all'interno della scala triadica dipende (o si collega, quantomeno) in realtà in larga misura da ragioni di carattere sostantivo o morale, che spesso rimangono sullo sfondo all'interno dell'argomentazione di Alexy. Uno dei fattori principali che stanno alla base della mancanza di precisione nella ponderazione giudiziale è appunto

---

<sup>51</sup> Lo stesso Alexy, invero, riconosce il carattere relativo del peso dei principi. Questo assunto, tuttavia, appare incompatibile con l'idea che sia possibile assegnare separatamente gradi di interferenza e soddisfazione dei principi in competizione.

<sup>52</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto, cfr. C. Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*, in «Doxa», 26, 2003, pp. 225-238.



l'inesistenza di una misura comune che renda possibile determinare il peso dei principi rilevanti in ogni caso concreto. D'altra parte, eccetto le approssimative modalità di misurazione dei fattori rilevanti già esaminate, l'autore non propone alcun metodo (un metro comune) per acquisire la conoscenza dei pesi astratti o determinare il contenuto oggettivo dei principi. Per raggiungere tale scopo, le entità pesate dovrebbero essere omogenee, parte di un ordine stabile, indefinitamente riproducibile con i medesimi risultati, mentre nella pratica la comparabilità tra due o più elementi deve spesso escludersi a causa dell'asimmetria con le scelte effettuate in precedenza.

Seguendo Hempel<sup>53</sup>, si può considerare l'opera di misurazione nei termini seguenti: affermiamo che l'oggetto 01 pesa più dell'oggetto 02 se, una volta collocati gli oggetti sui piatti opposti di una bilancia situata nel vuoto, 01 scende e 02 sale; e affermiamo che 01 bilancia 02 se, nelle medesime condizioni, 01 e 02 rimangono in equilibrio. Ora, questa rappresentazione non risulta applicabile al mondo del diritto, in cui gli elementi soggetti a una valutazione comparativa non esibiscono alcuna proprietà oggettiva misurabile in termini quantitativi. Quando si parla di "pesare i diritti", pertanto, lo si fa in un senso metaforico, attraverso un linguaggio figurato, che implica una certa torsione del significato letterale del termine (le norme non sono entità fisiche, e d'altra parte il "peso", in senso stretto, è una caratteristica della materia).

Lo stesso ideale calcolistico del bilanciamento, in definitiva, sembra contrastare con la realtà della disciplina costituzionale dei diritti nelle società contemporanee. In realtà, tutte le grandezze considerate, così come il risultato della loro applicazione, lungi dal rispondere a criteri oggettivi indipendenti

---

<sup>53</sup> Cfr. C. Hempel, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica* [1952], tr. it., Feltrinelli, Milano, 1970.

dall'interprete/decisore, sono ampiamente condizionate dalle pre-interpretazioni delle norme e dalle valutazioni soggettive e contestuali operate dai giudici costituzionali.

#### IV. *Un breve bilancio*

L'analisi delle ricostruzioni di Guastini e Alexy ha inteso mostrare come il bilanciamento, di per sé, sia solo una tecnica di risoluzione delle antinomie tra principi e diritti costituzionali (fondamentali) che può involgere tanto elementi discrezionali quanto elementi razionali, a seconda dell'utilizzo che ne viene fatto all'interno delle circostanze specifiche del caso e nel quadro del contesto giuridico-politico di riferimento.

Gli elementi coinvolti nel giudizio di bilanciamento non appaiono predeterminabili; il suo esito non sembra poter essere stabilito in via generale e astratta, dipendendo anche, almeno in parte, dalle circostanze del caso specifico, dalle condizioni di applicazione dei principi<sup>54</sup>. Tuttavia, le prassi interpretative dei giudici costituzionali e ordinari evidenziano la possibilità di individuare alcune

---

<sup>54</sup> Per riferirsi al caso in cui l'interprete elabora una regola o un complesso di regole di preferenza tra gli elementi in conflitto, lasciando tuttavia aperta la possibilità di una loro revisione, Giorgio Maniaci utilizza la categoria di "bilanciamento ragionevolmente categoriale o definitivo in senso debole", ossia «la legge di collisione, elaborata da un giudice o da un giurista, tra due principi costituzionali (ovvero tra due principi impliciti in un settore giuridico dell'ordinamento) in competizione che abbia due caratteristiche. Tale gerarchia (tra i due principi in competizione) non integra i requisiti di un bilanciamento categoriale, cioè non fa riferimento a tutte le circostanze in presenza delle quali tali principi possono confliggere in futuro. In secondo luogo il bilanciamento così effettuato viene 'razionalmente giustificato' ovvero soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un'argomentazione razionale» (G. Maniaci, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 63-64).

regole relativamente stabili, seppur sempre suscettibili di revisione in presenza di ulteriori proprietà rilevanti (si pensi alla tecnica del “*distinguishing*”), che garantiscano una generalizzazione dai casi passati o attuali ai casi futuri o ipotetici, stante il rispetto della clausola *ceteris paribus*.

Un primo limite, tanto per la discrezionalità legislativa quanto per l’attivismo giudiziale, è costituito dai principi formali, che determinano le competenze decisionali nell’amministrazione dei diritti. Vi sono poi una serie di elementi quali le tecniche argomentative accreditate nella cultura giuridica di riferimento, i precedenti giudiziali, gli atti para-normativi (rappresentati dal *soft law* o da disposizioni prive di un reale effetto normativo) o i casi paradigmatici, che possono operare come condizioni di stabilizzazione del significato delle interpretazioni. Non si può infine trascurare, più in generale, la tendenza del diritto a proceduralizzare le proprie decisioni, e quindi anche a tecnicizzare le proprie tecniche di bilanciamento (in particolare, l’applicazione giudiziale dei principi). «La Corte – osserva Roberto Bin – tende a stabilizzare le risposte: la costante ripetizione di certe argomentazioni nelle materie più frequentate va quindi vista anzitutto come risposta ad un’esigenza di certezza e stabilità, *rebus sic stantibus*, della ‘regola di prevalenza’ nel bilanciamento degli interessi tipicizzati»<sup>55</sup>. Anche in assenza di garanzie, di fronte a eventuali nuove proprietà rilevanti o a nuove valutazioni sostanziali, circa l’uniformità nell’interpretazione

---

<sup>55</sup> R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 147. In argomento, si vedano anche B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, 2002, p. 101; K. Greenawalt, *The Nature of Rules and the Meaning of Meaning*, in «Notre Dame Law Review», 72, 5, 1999, p. 1468; G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini», 31, 2002, pp. 895-896.

giudiziale dei principi, rimane comunque la possibilità di stabilire relazioni transitive tra i casi passati e presenti e i casi futuri (o ipotetici).

## Capitolo V. La legittimazione democratica del bilanciamento giudiziale

### 1. *Presentazione del problema e obiettivo dell'analisi*

Al tema della razionalità della ponderazione giudiziale si ricollega il problema, di tipo politico-costituzionale e filosofico-giuridico, del suo fondamento democratico: la questione dell'idoneità del potere giudiziario, in virtù della sua struttura istituzionale e in ossequio al dettato costituzionale, ad assumere decisioni interpretative mediante bilanciamento in materia di diritti fondamentali che, in linea di principio, si configurino come potenzialmente accettabili sul piano intersoggettivo.

La legittimazione democratica degli organi di garanzia<sup>1</sup> può trovare il proprio fondamento, sul piano sostanziale, anche in aspetti legati alla storia sociale e giuridica di un determinato paese come l'accumulazione giurisprudenziale, l'autorevolezza dei precedenti o la trasparenza degli argomenti addotti a sostegno delle pronunce. Tuttavia, il discorso intende prescindere da elementi empirici o sociologici come il consenso sociale sulla Costituzione e sul Tribunale costituzionale quale istanza di riflessione del processo politico, o l'attitudine dei consociati ad accettare le operazioni interpretative e giurisprudenziali accreditate nella cultura giuridica di riferimento<sup>2</sup>. Nel tentativo di elaborare una ricostruzione della legittimazione "funzionale" del bilanciamento giudiziale, si as-

---

<sup>1</sup> Per una sintetica ricognizione teorica del problema, si veda M. Barranco Avilés, *The Legitimacy of the Judge in the Constitutional State*, in «Diritto e Questioni pubbliche», 16, 1, 2016, pp. 73-82.

<sup>2</sup> Sull'importanza dei vincoli istituzionali per la teoria normativa della giustizia costituzionale vedi anche B. Friedman, *The Politics of Judicial Review*, in «Texas Law Review», 84, 2, 2005, pp. 257-338.

sumerà, come termine di riferimento, un'accezione sostanziale della nozione di democrazia, che includa al proprio interno una serie di principi e valori che rappresentano le precondizioni di una corretta formazione della sovranità popolare. Il discorso sviluppato, inoltre, finisce necessariamente per involgere alcuni problemi meta-costituzionali, di filosofia politica e di teoria della democrazia: in particolare, il ruolo della partecipazione politica e del disaccordo nei processi deliberativi e decisionali, e più in generale il disegno istituzionale complessivo dello Stato costituzionale.

Lo scopo delle riflessioni che seguono non consiste nel difendere, in una prospettiva di politica del diritto o di teoria costituzionale della giustizia, l'opportunità del ricorso a tecniche argomentative ponderative da parte dei giudici, quanto piuttosto nel mostrare la necessità che vi sia almeno un soggetto (anche il legislatore, pertanto) deputato a svolgere tale opera di concretizzazione, pur ritenendo che l'assunzione di tale compito da parte del potere giudiziario non sia di per sé incompatibile con una visione sostantiva della democrazia.

## *2. Alcune metamorfosi del costituzionalismo contemporaneo*

In diversi settori del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo, il bilanciamento tende a esser visto come un procedimento strutturalmente incompatibile con la legalità costituzionale (o sovracostituzionale) e con il rispetto del principio di autonormazione collettiva.

La critica rivolta contro il carattere antidemocratico, para- o cripto-legislativo, della ponderazione giudiziale si colloca nello spazio delle

metamorfosi che hanno investito la produzione e l'interpretazione del diritto negli odierni Stati costituzionali<sup>3</sup>.

L'irradiazione (*Ausstrahlungswirkung*) di un complesso multiforme di diritti e principi (valori, interessi, beni, esigenze, ecc.) nell'ordinamento infracostituzionale, unitamente alla loro interpretazione estensiva da parte dei giudici costituzionali e ordinari; lo sviluppo di una variegata tipologia di sentenze dei tribunali costituzionali (manipolative, additive, sostitutive, interpretative di rigetto, ecc.), il ricorso intensivo a strumenti operativi e decisorî analoghi come la proporzionalità, la ragionevolezza o il ricorso al principio di uguaglianza: questi e altri mutamenti hanno portato, nelle ultime decadi, a una notevole dilatazione del margine di discrezionalità che investe l'interpretazione giurisprudenziale del testo costituzionale, incoraggiando la creatività giudiziaria nel processo di articolazione degli interessi sociali. Le Corti costituzionali, specie di fronte a casi particolarmente rilevanti di collisioni tra beni e interessi giuridici eterogenei, arrivano spesso a esercitare funzioni arbitrali di custodia o garanzia.

L'argomento relativo alla connessione tra costituzionalismo contemporaneo e giudizialismo è illustrato con particolare chiarezza espositiva (senza alcuna compromissione ideologica a favore di questa tesi) da Luis Prieto Sanchís:

[p]orque la Constitución es una norma y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial. Esto no ocurriría si la Constitución tuviese como único objeto la regulación de las fuentes del derecho o, a lo sumo, estableciese unos pocos y precisos derechos

---

<sup>3</sup> Il più delle volte, i critici del controllo giurisdizionale di costituzionalità assumono come oggetto di analisi il modello statunitense, che si caratterizza per l'assenza di un organo appositamente designato, e in cui la dichiarazione di incostituzionalità assume una validità con effetti "orizzontali" (relativo alle relazioni interprivate), solo per il caso concreto.

fundamentales, pues en tal caso la normativa constitucional y, por consiguiente, su garantía judicial sólo entrarían en juego cuando se violase alguna condición de la producción normativa o se restringiera alguna de las áreas de inmunidad garantizada<sup>4</sup>.

L'insieme di questi mutamenti, che caratterizzano in maniera decisiva la configurazione e la cultura giuridica degli odierni Stati costituzionali, conferisce un considerevole grado di responsabilità e autorità al potere giudiziario, la cui azione tende a tradursi in una funzione d'impulso e d'iniziativa qualificata, di mediazione e moderazione fra interessi sostanziali. L'attività interpretativa condotta dalle Corti costituzionali ha per oggetto disposizioni costituzionali le quali spesso presentano profili d'indeterminazione sufficienti per ravvisare nel loro operato ampi margini di discrezionalità, soprattutto quando si tratta di operare una revisione delle precedenti determinazioni legislative e di interpretare il contenuto di diritti e principi costituzionali.

In questo contesto, ha trovato una certa diffusione, nella letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea, un orientamento dottrinale che tende a denunciare come la crescita esponenziale del potere giurisdizionale, favorita dai processi di globalizzazione e dalla conseguente circolazione di modelli argomentativi su scala sovranazionale<sup>5</sup>, determinerebbe

---

<sup>4</sup> L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in «AFDUAM», 5, 2001, p. 208.

<sup>5</sup> In argomento, si vedano: L. Blichner, A. Molander, *Mapping Juridification*, in «European Law Journal», 14, 1, 2008, pp. 36-54; B. de Sousa Santos, *The Gatt of Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reform of Courts*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, pp. 247 ss.; M. Ferrarese, *Il diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari, 2006; R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2004; Id., *The Judicialization of Politics*, in K. Whittington, D. Kelemen, G. Caldeira (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2010, cap. 8; T. Koopmans, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 247 ss.; T. Mazzarese, *Neocostituzionalismo e tutela (sov-*



una significativa restrizione dello spazio di autonomia della scelta legislativa. In ordinamenti giuridici costituzionalizzati, caratterizzati dalla delegazione di poteri normativi (di produzione, eliminazione e applicazione di norme o atti giuridici), il rischio principale sarebbe quello di un vero e proprio spostamento istituzionale delle competenze del potere giudiziario, organo privo di legittimazione democratica diretta (*political unaccountability*), nell'ambito della legislazione, con una conseguente compressione del principio democratico dell'uguaglianza politica.

L'argomento, in sintesi, può essere formulato nei seguenti termini: una Costituzione rigida, garantita giurisdizionalmente, caratterizzata dall'applicazione diretta e orizzontale (*Drittwirkung*) dei principi costituzionali ai rapporti interprivati, finisce inevitabilmente per porre una serie di vincoli sostanziali alle scelte legittimamente perseguibili in sede legislativa<sup>6</sup>, rischiando di soffocare l'autonomia decisionale degli organi democratico-rappresentativi e la partecipazione collettiva dei cittadini. Come sottolinea Andrei Marmor, tali mutamenti assegnano al potere giudiziario la facoltà di pronunciarsi su questioni di grande rilevanza politica e morale, disponendo di una guida testuale molto limitata, spesso ricorrendo a decisioni interpretative che possono

---

ra)nazionale dei diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 2002; M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002; L. Hilbink, P. Woods, *Comparative Sources of Judicial Empowerment: Ideas and Interests*, in «Political Research Quarterly», 62, 4, 2009, pp. 745-752; A. Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000; C. Tate, T. Vallinder (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995.

<sup>6</sup> Si può considerare, in questo senso, l'idea della Costituzione come vincolo per il legislatore ordinario sviluppata da John Elster (*Ulisse legato* [1979], tr. it., Il Mulino, Bologna, 1983; cfr. anche id., *Ulisse slegato* [2000], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2002). Per una critica articolata, si veda J. Waldron *Disagreement and Precommitment*, in *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, a cura di L. Alexander, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 1998, pp. 201-219.

durare decenni e che sono praticamente impossibili da modificare con le consuete procedure democratiche<sup>7</sup>. L'idea di fondo è che consentire ai giudici di imporre alla collettività una propria visione della giustizia<sup>8</sup> equivale ad attribuire a un'élite non rappresentativa e non politicamente responsabile il potere di determinare gli assetti fondamentali della vita pubblica. Per effetto della vaghezza con i quali sono formulati, i principi e i valori incorporati nelle carte costituzionali non fanno che aumentare l'imprevedibilità delle conseguenze giuridiche delle norme. L'unica soluzione – sembra si possa sostenere – sarebbe prescindere e lasciare che siano prevalentemente le regole a rappresentare gli standard che conformano i nostri ordinamenti giuridici<sup>9</sup>. Meglio sarebbe – si argomenta da più parti – affidare l'ultima parola sul significato delle disposizioni costituzionali alla rappresentanza democratica elettiva, garantendo in questo modo lo spazio del dibattito politico circa il significato dei diritti che spettano alla comunità.

### 2.1. *La posizione di Böckenförde*

Particolarmente significativa, al riguardo, è la posizione del giurista e filosofo Ernst-Wolfgang Böckenförde. Nella sua critica, l'autore muove dalla distinzione

---

<sup>7</sup> Cfr. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Hart, Oxford, 2005, p. 141.

<sup>8</sup> Secondo David Robertson, ad esempio, i giudici costituzionali dovrebbero agire come “teorici della politica”, chiamati ad approfondire le scelte fondamentali di una determinata comunità politica, arricchendo così la qualità del dibattito democratico (Id., *The Judge as a Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton University Press, Princeton, 2010).

<sup>9</sup> Cfr., su tutti, F. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007. Parla in questo senso di “*verbal rigidity*” dei diritti (in conseguenza della loro positivizzazione all'interno di un documento giuridico), J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 220.

tra i diritti fondamentali come diritti classici di difesa (*Abwehrrechte*) del cittadino contro lo Stato e i diritti fondamentali come «norme di principio oggettive che vincolano tutti i rami del diritto». Questo aspetto dei principi – argomenta – è «idoneo a fornire il concetto fondamentale dogmatico dei diritti fondamentali perché esso può assumere in sé in modo omnicomprensivo tutte le funzioni dei diritti fondamentali e, viceversa, queste funzioni possono essere variabilmente sviluppate da esso»<sup>10</sup>. Mentre i classici diritti fondamentali si possono circoscrivere all'ambito limitato della relazione tra Stato e cittadino, i diritti fondamentali come principi chiamano in causa la produzione di contenuti come la protezione o la sicurezza sociale che richiedono necessariamente un'azione positiva dello Stato<sup>11</sup>; essi finiscono altresì per penetrare e condizionare l'intero sistema giuridico, con un effetto di irradiazione che conduce alla loro applicazione orizzontale verso tutti i cittadini (*Dritt- oder Horizontalwirkung*).

Attraverso il costante riferimento a valori sovraordinati, si finisce per estendere a dismisura la sfera legittima dell'intervento nella vita sociale e per mettere a repentaglio la certezza del diritto; inoltre, i diritti individuali della

---

<sup>10</sup> Cfr. E.-W. Böckenförde, *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, tr. it., a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 244-245.

<sup>11</sup> Cfr. *ivi*, pp. 221 ss. «[L']ordinamento giuridico nel suo complesso – sul piano delle norme-principio con tendenza all'ottimizzazione – è già contenuto nella Costituzione» (*ivi*, p. 250). In senso analogo, Fortsthooff parla di «Costituzione come microcosmo (*Weltenei*), da cui deriva tutto» (E. Fortsthooff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Broschert, München, 1984, p. 144). Si veda anche la contrapposizione tra una concezione "morale" e una concezione "giuridico-positiva" dei principi (con le relative conseguenze per l'idea di Costituzione e della funzione giudiziaria) delineata da O. Höffe, *Giustizia politica. Fondamenti di una filosofia critica del diritto e dello Stato* [1987], tr. it., Il Mulino, Bologna, 1995, p. 258.

Contro il ricorso ai principi nell'argomentazione giuridica, si vedano poi: L. Alexander, K. Kress, *Against Legal Principles*, in A. Marmor (a cura di), *Law and Interpretation*, Oxford U.P., Oxford, 1995; L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke U.P., Durham, 2001, cap. VIII.

tradizione liberale classica finiscono per perdere la propria funzione di “garanzia” contro gli interventi del potere pubblico.

Sulle ragioni dell’insostenibilità teorica della distinzione dicotomica tra diritti di prestazione e diritti negativi ci si è già soffermati nel terzo capitolo. Quanto preme ora rilevare, in sede di presentazione del problema, è che la posizione di Böckenförde può essere assunta come esemplificativa del contrasto tra due modelli di Stato e di ripartizione delle competenze, a giurisdizione costituzionale o a legislazione parlamentare: la contrapposizione tra una concezione tipicamente liberale della Costituzione come “ordinamento-cornice” (*Rahmenordnung*) – fondamento formale e procedurale per la produzione del diritto ordinario, che si limita a circoscrivere il perimetro esterno in cui si dispiega il libero gioco della politica democratica – e una concezione della Costituzione come “ordinamento fondamentale” – in cui «tutti i principi giuridici e le possibilità di bilanciamento per la configurazione dell’ordinamento giuridico sono in essa già contenuti *in nuce*»<sup>12</sup>.

Sullo sfondo stanno dunque due diverse concezioni della Costituzione: da una parte la Costituzione come un ordinamento prestabilito (*vorgegeben*) nel suo contenuto di fondo, fin dal momento in cui è stato approvato, avente validità universale e duratura e accessibile solo in parte al legislatore che voglia modificare la costituzione (Costituzione come limitazione della sovranità popolare); dall’altra la Costituzione come ordinamento per intero approvato e sostenuto dal popolo, non come in qualche modo prestabilito, e quindi anche a disposizione del popolo e sul quale nessun’altro può mai avere l’“ultima” parola (Costituzione come espressione della sovranità)<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> *Ivi*, pp. 261-262.

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 658. Per una ricognizione teorica di questi modelli costituzionali, cfr. G. Pino, *Tre concezioni della Costituzione*, in «Teoria e critica della regolazione sociale», 2015.

Il primo modello concepisce la Costituzione come un patto essenziale tra i cittadini, la cui funzione primaria è quella di assicurare l'autonomia di ogni individuo rispetto agli altri e, in particolare, di fronte allo Stato. La Costituzione è intesa in senso formale, nel senso che ha il compito di organizzare il potere come struttura limitata necessaria per assicurare la cooperazione tra i consociati, senza dover promuovere alcun modello di società giusta.

Viceversa, il secondo modello concepisce la Costituzione come norma fondamentale che contiene in sé un progetto determinato di società, con una serie di valori, interessi e obiettivi da attuare.

Secondo tale orientamento dottrinale – ma si tratta di una critica ricorrente, occorre precisare – una Costituzione in cui è già contenuto l'intero ordinamento giuridico finisce per condannare il potere legislativo a dover dichiarare, sotto il controllo della giurisdizione costituzionale, solo ciò che, di fatto, è già stato deciso in essa, secondo assunti politici e giuridici incompatibili con i principi del parlamentarismo democratico e della divisione dei poteri.

### 3. Judicial Review e principio democratico

In un saggio del '61 Genaro Carrió<sup>14</sup>, sostenendo che in materia di produzione giudiziale si diano esclusivamente disaccordi di carattere normativo, osserva che, in definitiva, inclinarsi in favore del legalismo o del giudizialismo corrisponda a un'opzione ideologica.

---

<sup>14</sup> Cfr. G. Carrió, *Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica)*, in *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973.

Volendo semplificare il dibattito teorico attuale, da una parte potremmo individuare i sostenitori del controllo giurisdizionale delle leggi rispetto alla loro conformità ai principi costituzionali, i quali evidenziano il ruolo di tutela e garanzia che il potere giudiziario svolge (o può svolgere) nella gestione dei diritti<sup>15</sup>. In una posizione diametralmente opposta si colloca invece quel complesso di teorie dichiaratamente critiche rispetto al carattere antidemocratico del *judicial review*, esplicitamente contrarie all'idea che i diritti siano gestiti dai giudici (ordinari o costituzionali) in luogo del legislatore democraticamente eletto<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Si vedano, ad es. J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998; R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 131-140; R. Dworkin, *Freedom's law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1996; J. Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions. Some Preliminaries*, in L. Alexander (a cura di), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; W. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005.

<sup>16</sup> Cfr., tra gli altri: R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart, Oxford, 2005; J. Griffith, *The Political Constitution*, in «Modern Law Review», 42, 1979, pp. 1-21; L. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2004; A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart, Oxford, 2005; M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999; Id., *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2008; J. Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 13, 1993, pp. 18-51; Id., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999; Id., *The Core of the Case against Judicial Review*, in «Yale Law Journal», 115, 2006, pp. 1346-1406.

Per alcune linee di argomentazione simili, si vedano anche: J. Bayón, *Diritti, democrazia, Costituzione*, in «Ragion pratica», 10, 1998, pp. 41-64; A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* [1962], New Haven, Yale University Press, 1986; R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2003; Id., *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in «Fordham Law Review», 75, 2, 2006, pp. 721-754; M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, Paris, 2001. Propugna invece

Ora, accettando la posizione di Carrió, in termini di mera analisi descrittiva, senza compromettersi con nessuna delle due prospettive, si può affermare che negli odierni Stati costituzionali la gestione dei diritti risulta condivisa, attraverso una complicata divisione del lavoro, tra diversi soggetti della vita sociale. In un contesto quale quello delle attuali democrazie pluraliste, intrinsecamente poliarchico, l'amministrazione<sup>17</sup> dei diritti appartiene a diversi attori giuridici, in particolare al legislativo, all'esecutivo e al giudiziario.

In prima approssimazione, la tesi che vede nell'utilizzo giudiziario delle tecniche ponderative un fattore di limitazione della politica democratica si può considerare un'istanza della più generale obiezione "contromaggioritaria" (*Counter-majoritarian Difficulty*)<sup>18</sup> rivolta contro il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale (*Judicial Review of Legislation*)<sup>19</sup>.

---

una forma di "minimalismo decisionale" degli organi giurisdizionali, C. Sunstein, *One Case at a Time Judicial Minimalism on The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1999.

<sup>17</sup> Sul concetto di "gestione" o "amministrazione" dei diritti (il complesso delle decisioni adottate per rendere effettivi i diritti fondamentali), cfr. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, cit., cap. 3 (spec. p. 104).

<sup>18</sup> L'espressione è stata coniata, nel contesto nordamericano, da Alexander Bickel, il quale propone come antidoto la tesi della Costituzione procedurale: una concezione della giustizia costituzionale secondo la quale essa dovrebbe limitarsi a mantenere aperti i canali della partecipazione democratica, senza condizionare la decisione ultima, limitandosi dunque a vigilare affinché all'interno del processo politico siano rispettate tutte le condizioni di legittimità (in particolare, attraverso il controllo sul rispetto diritti politici). Cfr. A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* [1962], New Haven, Yale University Press, 1986.

<sup>19</sup> Questa critica non può essere identificata con la tesi che vede nel controllo di legittimità costituzionale uno strumento antidemocratico. Secondo John Hart Ely, in particolare, il *judicial review* ha una valenza intrinsecamente contromaggioritaria, perché la sua funzione è propriamente quella di tenere aperti i canali della partecipazione politica, proteggendo le minoranze dalla maggioranza; tuttavia, rimane integrato all'interno delle procedure democratiche, dal momento che il governo rappresentativo implica la rappresentanza di tutti i cittadini (cfr. J. Ely,

L'obiezione fondamentale con cui si scontra la giustizia costituzionale, che acquisisce tanto più rilevanza quanto maggiore è lo spazio di discrezionalità interpretativa consentita dal tipo di Costituzione in oggetto, riguarda appunto l'esistenza, all'interno di un sistema democratico, di meccanismi di controllo da parte di giudici non rappresentativi la cui nomina, nella maggior parte degli ordinamenti, è riservata alla discrezionalità degli altri poteri. La critica rivolta contro l'inclusione di un meccanismo di controllo all'interno del circuito democratico, di solito, si concentra su alcuni punti fondamentali come i seguenti: 1) la nomina dei giudici all'interno della maggioranza degli ordinamenti è riservata alla discrezionalità degli altri poteri; 2) la durata delle loro cariche non risulta in accordo con gli ideali democratici; 3) nella loro funzione di elemento di controllo degli altri poteri, la loro attività rischia di convertirsi in un contrappeso eccessivo e al contempo incontrollabile. Il problema centrale, che investe direttamente il rapporto tra generazioni passate e future, è che un potere che per sua natura non presenta alcun nesso logico diretto con la volontà generale viene a essere rivestito della facoltà più importante che un ordinamento istituzionale possa prevedere<sup>20</sup>.

Se, infatti, si assume come elemento centrale della nozione di democrazia il principio dell'autogoverno, la cui espressione consisterebbe nella supremazia della legislazione, qualsiasi tipo di limitazione finisce per vulnerare la volontà della maggioranza. Si tratta di uno dei principali dilemmi della giustizia

---

*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980).

<sup>20</sup> Nella ricostruzione classica di Lord Devlin, l'antidemocraticità della creazione giurisprudenziale del diritto deriva innanzitutto dalla pretesa dei giudici di «anticipare il consenso della comunità» (P. Devlin, *The Judge as Lawmaker* [1976], in *The Judge*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 2).



costituzionale: la legittimazione degli organi di garanzia a esercitare il controllo su altri poteri, e in particolar modo su quello del legislatore, che consenta di considerarlo «a sua volta come proveniente dal popolo»<sup>21</sup>, e non come legato a logiche particolari o a situazioni contingenti. Il problema in questione, detto in altri termini, riguarda la possibilità che la legge adottata da un organo rappresentativo democraticamente eletto e politicamente responsabile sia eventualmente annullata o disapplicata in sede giurisdizionale<sup>22</sup>, configurando pertanto (secondo i critici della giustizia costituzionale) un autentico conflitto di competenze.

### 3.1. *Il dibattito dottrinale sul controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale: alcuni momenti storici essenziali*

L'origine della critica al carattere antidemocratico della giustizia costituzionale si può far risalire principalmente al contesto storico e dottrinale in cui si collocano la pubblicazione dei *Federalist Papers* (1787-1788), che contribuisce significativamente a definire il principio della Costituzione come norma giuridica

---

<sup>21</sup> E. Böckenförde, *Stato, Costituzione, democrazia*, tr. it., a cura di O. Brino, M. Nicoletti, Giuffrè, Milano, 2006, p. 652.

<sup>22</sup> Per una ricostruzione del dibattito teorico relativo alla giustificazione del controllo giurisdizionale di costituzionalità, si vedano soprattutto: O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Angeli, Milano, 2015; C. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, in M. Rosenfeld (a cura di), *Theoretical Perspectives*, N.C. Duke University Press, Durham, 1994, pp. 295-333; Id., *La filosofia del control judicial de la constitucionalidad*, in «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 4, 1989, pp. 79-88; D. Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011; P. Luque, *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità tra universalismo e particolarismo*, in «Ragion Pratica», 1, 2015, pp. 159-178.

fondamentale di rango superiore rispetto all'ordinamento giuridico, e la celebre sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America relativa al caso *Marbury vs Madison* (1803), primo caso di disapplicazione di una legge in contrasto con la Costituzione<sup>23</sup>. Tuttavia, già in una fase temporale anteriore alla Convenzione di Filadelfia (fra il 1776 e il 1787), e prima ancora dell'elaborazione teorica di autori come Adams, Hamilton e Madison, esistono invero diversi esempi di pronunce<sup>24</sup> che dichiarano l'incostituzionalità di norme contrarie alla Costitu-

---

<sup>23</sup> La difficoltà contromaggioritaria, su cui la *constitutional theory* americana ragiona a partire dagli anni '60, rappresenta la sostanziale riproposizione di problemi teorici già emersi nel caso *Marbury vs Madison*. La ricostruzione più completa di questa obiezione è narrata in cinque parti da B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in «New York University Law Review», 73, 1998, pp. 33-433; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in «The Georgetown Law Journal», 91, 2002, pp. 1-65; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, in «New York University Law Review», 76, 2001, pp. 1383-1455; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in «University of Pennsylvania Law Review», 148, 4, 2000, pp. 971-1064; Id., *The Birth of an Accademic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in «The Yale Law Journal», 11, 2, 2002, pp. 153-259.

<sup>24</sup> Il dibattito teorico relativo al controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale trae origine, nel contesto culturale europeo moderno, da un frammento della sentenza pronunciata dal giudice Edward Coke, in qualità di presidente del *Court of Common Pleas*, nel cosiddetto *Bonham's case* (1610) che, malgrado alcune differenze significative, può essere considerato un precedente dottrinale del caso *Marbury vs Madison*. In un contesto, quello dell'Inghilterra agli albori del XVII secolo, caratterizzato dalla crisi politica della sovranità regia e da un processo di profondo mutamento del ruolo del Parlamento, la dottrina di Coke rappresenta soprattutto una risposta motivata, più che dall'intento di configurare limiti al potere legislativo, dalla lotta contro l'assolutismo monarchico. Il caso, pertanto, s'inscrive ancora in un orizzonte culturale caratterizzato dalla logica dell'egemonia del potere legislativo, sottratto a qualsiasi forma di controllo, in particolare di costituzionalità. Il caso del *College of Physicians* si può considerare una base teorica per la nascita dell'idea di Costituzione come norma giuridica suprema, da cui deriva logicamente il relativo meccanismo di controllo e protezione giurisdizionale.

L'idea che le Corti avessero il potere indipendente e il dovere di rifiutare l'applicazione degli atti legislativi in contrasto con la Costituzione, era già ampiamente accettata all'epoca del caso *Marbury vs Madison*: era infatti contemplato dai *Framers of the Constitution*, difeso pubblicamente da Hamilton nel *Federalist* n. 78, nonché riconosciuto dalle Corti di molti Stati. Lo studio di William Treanor, in particolare, sostiene che siano almeno 31 i casi accertati di decisioni di Corti

zione. È nel medesimo periodo, inoltre, in seguito agli eventi rivoluzionari in Nordamerica e in Francia, che s'inizia gradualmente ad affermare all'interno della cultura giuridica occidentale, il concetto di Costituzione come sistema di garanzie.

Per la sua rilevanza, conviene citare per esteso un passaggio della sentenza del giudice John Marshall:

[s]o, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply<sup>25</sup>.

Nella “dottrina Marshall”, per la prima volta, troviamo enunciate le ragioni a sostegno della competenza del potere giudiziario a disapplicare le leggi in contrasto con la Costituzione. Il ragionamento si articola secondo questo sillogismo: a) tutti i giudici applicano il diritto, preferendo le norme superiori a quelle inferiori; b) la Costituzione federale americana è “*higher law*”, diritto superiore rispetto a qualsiasi altro atto normativo; c) tutti i giudici applicano la Costituzione; e poiché questa è una fonte di diritto sovraordinato, i giudici disapplicano gli atti che vi contrastano, esercitando un controllo giudiziale sulla validità costituzionale della legislazione. Si tratta di un’asserzione (quantomeno

---

statali e federali che già prima della sentenza avessero dichiarato l’invalidità costituzionale di alcuni *statutes* (cfr. W. Treanor, *Judicial Review before Marbury*, in «Stanford Law Review», 58, 2, 2010, p. 457).

<sup>25</sup> *Marbury*, 5 U.S., pp. 177–178. Sul dibattito relativo, si veda D. Cienfuegos (a cura di), *Marbury contra Madison: Una decisión histórica para la justicia constitucional*, Laguna, México, 2005.

nelle intenzioni) di teoria generale del diritto: se vige una Costituzione, allora i giudici devono applicarla come norma suprema, eventualmente disapplicando ogni altro atto normativo contrastante.

La fondazione del *judicial review* non dipende dunque soltanto dal riconoscimento della supremazia costituzionale sulle altre fonti dell'ordinamento (ossia dalla premessa minore del sillogismo marshalliano), ma anche dalla convinzione che sia compito precipuo del ramo giudiziario interpretare il diritto (la premessa maggiore)<sup>26</sup>. Ci troviamo qui di fronte a un momento centrale nel percorso storico che ha portato all'elaborazione dottrinale in materia di controllo di costituzionalità: il problema della legge incostituzionale e del suo controllo giudiziario è risolto in chiave di mera interpretazione e di conseguente applicazione o disapplicazione della legge a seconda della sua conformità o meno ai principi fondamentali della Costituzione. Sebbene la Costituzione statunitense non prevedesse esplicitamente la possibilità di disapplicare le leggi non conformi alla Costituzione, tale principio sarà dedotto dalla Corte Suprema, in esito a una lenta evoluzione giurisprudenziale, dottrinale e politica, a partire dal principio di rigidità costituzionale (unitamente agli strumenti di tutela correlativi), culminando poi nell'affermazione della Costituzione come legge fondamentale suprema.

---

<sup>26</sup> In *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 177 (1803) si legge infatti: «it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret the law».

### 3.2. La controversia dottrinale tra Kelsen e Schmitt

Il dibattito dottrinale sulla legittimazione democratica del controllo giurisdizionale di costituzionalità trova un momento centrale, nella seconda metà degli anni Venti, nello scontro che verte sulla possibilità di un controllo accentrato in un sistema caratterizzato dalla supremazia della Costituzione, tra la concezione normativista e generalista di Hans Kelsen e la raffigurazione decisionista e particolarista di Carl Schmitt<sup>27</sup>. Il giurista austriaco propugna un modello di revisione costituzionale assoggettato ad una procedura speciale e a condizioni aggravate rispetto al procedimento legislativo ordinario. «[U]na legge – scrive – può essere incostituzionale sia a causa di un'irregolarità procedurale relativa alla sua formazione sia a causa di un contenuto contrario ai principi o alle direttive formulati dal costituente, quando supera i limiti

---

<sup>27</sup> Sul dibattito Kelsen-Schmitt relativo alla giustizia costituzionale: H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)* [1928], in *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 145 ss.; Id., *Chi deve essere il Custode della Costituzione?* [1930-31], in *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 231 ss.; C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* [1931], tr. it., Giuffrè, Milano, 1981; Id., *Le categorie del "politico"* [1932], tr. it., a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972;.

All'interno della dottrina tedesca, si vedano E.-W. Böckenförde, *Stato, Costituzione, democrazia*, cit., pp. 61 ss., pp. 145 ss.; E. Forsthoff, *Lo Stato della società industriale* [1971], Giuffrè, Milano, 2011, pp. 141 ss. Al di fuori del panorama tedesco: J. Camisón Yagüe, *La polémica Kelsen-Schmitt sobre quién debe ser el "defensor de la Constitución"*, in «Anuario de la Facultad de Derecho», 29, 2011, pp. 129-149; M. Caserta, *Democrazia e Costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Aracne, Roma, 2006; L. Cordova Vianello, *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt*, in «Cuestiones Constitucionales», 15, 2006, pp. 47 ss.; Id., *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009; D. Diner, M. Stolleis, *Hans Kelsen and Carl Schmitt: a juxtaposition*, Bleicher, Gerlingen, 1999; C. Herrera, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, in «Revista de estudios políticos», 86, 1994, pp. 195-227; J. Sanz Moreno, *El parlamentarismo en su encrucijada: Schmitt versus Kelsen, o la reivindicación del valor de la democracia*, in «Revista de Estudios Políticos», 162, 2013, pp. 113-148.

prefissati»<sup>28</sup>. Alle obiezioni volte a rilevare l'incompatibilità del Tribunale costituzionale con la sovranità parlamentare e con il principio della separazione dei poteri, Kelsen muove un duplice rilievo. Innanzitutto, osserva che tale argomento è privo di consistenza

già solo perché bisogna riconoscere che la Costituzione regola, in definitiva, il procedimento legislativo esattamente nello stesso modo in cui le leggi regolano quello dei tribunali e delle autorità amministrative; che la legislazione è subordinata alla Costituzione nello stesso modo in cui la giurisdizione e l'amministrazione sono subordinate alla legislazione e che, di conseguenza, il postulato della costituzionalità delle leggi è, teoricamente e tecnicamente, del tutto identico al postulato della legittimità e dell'amministrazione<sup>29</sup>.

In secondo luogo, rileva che

annullare una legge significa porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa. E un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, cit., p. 154. «L'organo legislativo si considera in realtà libero creatore del diritto e non organo che lo applica, vincolato dalla Costituzione, mentre in teoria lo è, sia pure in misura relativamente limitata. Non è quindi possibile contare sullo stesso Parlamento per realizzare la sua subordinazione alla Costituzione. Il compito di annullare i suoi atti incostituzionali va affidato ad un organo diverso, indipendente da esso e da qualunque altra autorità statale, cioè ad una giurisdizione o tribunale costituzionale» (*ivi*, pp. 171-172).

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 172.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 173. «L'annullamento di una legge avviene essenzialmente in applicazione delle norme della Costituzione: manca qui del tutto la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa. Mentre il legislatore è vincolato dalla Costituzione solo per ciò che riguarda il procedimento ed in modo del tutto eccezionale per quanto attiene al contenuto delle leggi da emanare, e solo mediante principi o direttive generali, i poteri del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece completamente stabiliti dalla Costituzione» (*ivi*, p. 174).

Il modello propugnato da Kelsen difende la priorità della Costituzione sul potere legislativo e sul potere esecutivo, sostenendo altresì la necessità del sindacato di costituzionalità, a cui ogni legge ordinaria così come ogni decreto deve essere sottoposto.

Schmitt, di contro, operando un raffronto tra l'esperienza della Corte suprema nordamericana e il modello tedesco, sostiene che il potere sostanziale di controllo giudiziario non possa considerarsi in Germania il custode della Costituzione. «[I]l potere di controllo giudiziario da solo rende i tribunali che decidono nelle forme del processo custodi della Costituzione solo in uno "Stato giurisdizionale" che sottoponga tutta la vita pubblica al controllo dei tribunali ordinari»<sup>31</sup>. Il ruolo centrale dell'intero sistema politico, costruito su un presupposto plebiscitario, viene così rivestito dal Presidente del Reich, unità del popolo tedesco. La giurisdizione costituzionale non rappresenta un esercizio di funzioni propriamente giudiziali, quanto piuttosto politico-legislative. Il problema della protezione della Costituzione presenta una natura essenzialmente politica e pertanto dev'essere risolto mediante l'individuazione di un potere neutrale.

La sovranità costituente, con la propria decisione originaria sull'eccezione, crea il diritto positivo senza alcun bisogno di ricorrere a una norma fondamentale, ma solo in virtù della coazione all'ordine che in esso si manifesta. Tale decisione non si limita ad accertare, sulla base di criteri intersoggettivamente validi, se vi sia un conflitto, ma in qualche modo decide,

---

<sup>31</sup> C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, cit., p. 30. Individuando quattro sensi della nozione di Costituzione – assoluto, relativo, positivo, ideale – Schmitt privilegia quello positivo, che la identifica con l'unità politica concreta del popolo, per effetto della decisione di un potere costituente sulla forma della sua esistenza politica (cfr. C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, tr. it., a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, spec. pp. 39-41).

con un atto di volontà politica, se vi debba essere, creandolo *ex novo* o negandolo a seconda delle circostanze. L'esercizio della giurisdizione costituzionale ha pertanto ad oggetto norme e non fatti e, soprattutto, non è mai applicazione ma sempre creazione del diritto, risolvendosi nel compito di dirimere le controversie concrete che si presentano all'interno della società; ma poiché l'applicazione di norme costituzionali di principio, dal carattere ambiguo e indeterminato, coincide necessariamente con la legislazione costituzionale, allora la giurisdizione costituzionale non è logicamente concepibile<sup>32</sup>.

Nella sua critica, Schmitt si concentra in particolare sulla seconda parte della Costituzione di Weimar ("*Gegen-Verfassung*": Costituzione materiale orientata ai valori) relativa ai diritti e ai doveri, evidenziando come essa contenga una serie di "disposizioni di diritto sostanziale", ossia gli elementi caratteristici della democrazia sociale, la cui determinazione non può avvenire per via giurisdizionale in quanto richiede un'interpretazione e un'opera di tutela della Costituzione.

Le complesse problematiche poste dal bilanciamento – occorre tuttavia precisare – eccedono in parte i confini della controversia tra Kelsen e Schmitt, i quali affidano i contenuti dell'unità politica al potere legislativo soggetto a un controllo formale di regolarità costituzionale o al potere esecutivo. Lo stesso Kelsen, in particolare, propugna un modello di linguaggio costituzionale in cui, pena una dislocazione di poteri normativi dal Parlamento a un organo non responsabile politicamente, le disposizioni attributive di diritti fondamentali non siano formulate in termini eccessivamente astratti e generici, escludendo

---

<sup>32</sup> C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, cit., pp. 27 ss.



quanto più possibile concetti vaghi ed emotivamente connotati<sup>33</sup>. Il Parlamento democratico rappresenta per Kelsen il soggetto istituzionale più idoneo a dirimere gli interessi sociali confliggenti.

Gli autori convergono inoltre nel ritenere inevitabilmente creativo l'uso giudiziario delle norme costituzionali di principio, il che conduce a una politicizzazione della giurisdizione costituzionale a detrimento dell'autonomia politica del Parlamento. La gestione giudiziaria delle norme costituzionali di principio è vista come inevitabilmente creativa, perché le disposizioni sui diritti fondamentali e altri principi di giustizia non posseggono un significato normativo oggettivamente conoscibile e sono pertanto fonte di potenziale disaccordo. In questo contesto, l'ultima parola spetterà necessariamente al Parlamento, perché diversamente si realizzerebbe una grave violazione del principio democratico<sup>34</sup>.

### 3.3. *La proposta neoparlamentarista*

Nella sua versione più radicale, l'argomento rivolto contro la legittimità del

---

<sup>33</sup> H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, cit., pp. 188-190, 253-254. Cfr. sul punto B. Celano: «[l']ideale di una disciplina costituzionale dei diritti che soddisfi la condizione di determinatezza, e la diagnosi delle conseguenze (ritenute patologiche) prodotte dal mancato soddisfacimento di questa condizione, presentano una certa affinità con le vedute di H. Kelsen riguardo all'inclusione, in Costituzione, di disposizione attributive di diritti, e all'uso, da parte del testo costituzionale, di termini che esprimono valori reputati fondamentali» (Id., *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 87).

<sup>34</sup> Tuttavia, mentre Schmitt considera la creatività un dato ineliminabile, quali che siano le disposizioni costituzionali che vengono interpretate e applicate, Kelsen circonda invece il fenomeno alle disposizioni attributive di diritti fondamentali e principi costituzionali, auspicando pertanto che non siano formulate in termini eccessivamente generici (cfr. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 188-190, 253-254).

*Judicial Review* non si limita a colpire solo l'assenza di rappresentatività dell'organo giudiziario, ma ne contesta lo stesso potere di valutare la costituzionalità delle leggi<sup>35</sup>. La critica dell'"imperialismo giudiziario", in questo senso, si coniuga spesso con la proposta teorica di un neoparlamentarismo che vede nel principio di autonormazione collettiva il valore prioritario, e concepisce il libero dibattito democratico svolto nelle sedi della politica rappresentativa come l'assetto più idoneo per la gestione e la tutela dei diritti. In conformità all'ideale rousseuiano dell'autodeterminazione politica – si sostiene – spetta essenzialmente al legislatore (e quindi al Parlamento, in virtù della sua composizione plurale e quantitativamente consistente) il compito di sviluppare, armonizzare e concretizzare i diritti fondamentali, valutandone le conseguenze in termini di costi e benefici per la comunità.

Jeremy Waldron, in particolare, prefiggendosi l'obiettivo di riaffermare la dignità della legislazione specificamente democratica (della creazione del diritto tramite assemblea popolare rappresentativa), afferma che il metodo più equo per amministrare le circostanze di disaccordo consista nell'affidarle alle decisioni di un'assemblea rappresentativa<sup>36</sup>. Il principio di maggioranza, fra tutti i

---

<sup>35</sup> Le due questioni, sebbene non presentino una connessione logica cogente, nella pratica tendono a essere presentate congiuntamente. John Hart Ely, ad esempio, sostiene che i tribunali costituzionali, avendo la possibilità di dichiarare invalida una norma emanata in sede legislativa, sarebbero dotati di una funzione intrinsecamente antidemocratica (il potere di imporre limiti alle decisioni dei rappresentanti popolari). Cfr. J. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1980, p. 23.

<sup>36</sup> Per questa linea argomentativa si rinvia in particolare a: J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* [1999], tr. it., Giuffrè, Milano, 2001; Id., *Law and Disagreement*, cit., pp. 53-49; Id., *Representative Lawmaking*, in «Boston University Law Review», 89, 2009, p. 354. Cfr., inoltre, A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, cit., pp. 136-139. In argomento, cfr. M. Goldoni, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular»*

metodi decisionali, è quello che più rispetta l'uguaglianza politica e la libertà d'espressione: innanzitutto, perché attribuisce a ogni opinione un peso uguale, quello del voto; in secondo luogo, perché consente che le decisioni adottate non siano influenzate dai possibili esiti cui la procedura conduce. Così come fissare una rigida carta di diritti, destinata a essere applicata integralmente, rappresenterebbe un'indebita limitazione dell'autonomia del legislatore democratico, affidare ai giudici l'ultima parola sul contenuto dei diritti implicherebbe uno svuotamento dello spazio di autonomia del dibattito democratico<sup>37</sup>. I diritti

---

*Constitutionalism*, in «Quaderni costituzionali», 30, 4, 2010, pp. 733-755; Id., *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2011, pp. 336-360.

Per una critica a questa tesi basata sul principio di proporzionalità, si veda: A. Walen, *Judicial Review in Review: A Four-Part Defense of Legal Constitutionalism*, in «International Journal of Constitutional Law», 7, 2009, pp. 337-340 («proportionality analysis provides a model of judicial review in which the court does not second-guess the reasonable value judgments expressed by democratically enacted legislation. Rather, the court looks only to ensure that the laws in question can be justified in terms of legitimate public reasons»; *ivi*, p. 340). Mark Tushnet, infine, propone di estromettere il diritto costituzionale dal novero delle norme giuridiche che i giudici sarebbero chiamati ad applicare, sulla base dell'argomento di che l'abbandono del *judicial review* favorirebbe lo sviluppo di un "*populist constitutionalism*", imperniato sulla partecipazione collettiva alla creazione del diritto costituzionale (cfr. M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, cit.). Per un orientamento più moderato, che suggerisce di rinunciare all'idea secondo cui le corti avrebbero un potere esclusivo d'interpretazione ultima del documento costituzionale, cfr. L. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, cit.

<sup>37</sup> Cfr. J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 254. Richard Fallon (*The Core of An Uneasy Case for Judicial Review*, in «Harvard Law Review», 121, 7, 2008, pp. 1693-1736), in particolare, riprende la tesi waldroniana che i giudici non siano necessariamente più adeguati, rispetto al legislatore, a tutelare i diritti; ma ritiene che sia il legislatore sia le corti devono farsi carico dei diritti e operare ciascuno come "*veto players*" dell'altro in ordine alle questioni concernenti i diritti. Secondo Mark Tushnet (*How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases For Against Judicial Review?*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 30, 1, 2010, p. 50), invece, questo argomento è viziato da una "*libertarian presupposition*", in quanto ritiene che un intervento legislativo, di per sé, possa violare i diritti fondamentali più dell'inerzia legislativa. Anche il *Judicial Review of Legislation* – argomenta l'autore – può determinare un indebolimento ("*underenforcement*") dei diritti: la tesi secondo cui il sindacato di costituzionalità, rappresentando in qualsiasi caso una ga-

rappresentano il prodotto, necessariamente instabile, di un conflitto perpetuo fra distinte concezioni sostantive della giustizia, a cui ogni cittadino deve poter partecipare in una posizione di uguale dignità e rispetto.

Ora, questa impostazione sembra implicare una visione quantomeno riduttiva della rappresentanza politica<sup>38</sup>, della separazione dei poteri e dei meccanismi democratico-rappresentativi in generale, un'idea di democrazia imperniata sull'espressione della volontà popolare, che finisce per oscurare la connessione logica esistente tra le libertà private soggettive e il principio di autodeterminazione politica<sup>39</sup>. I valori democratici non si esauriscono nella sola sfera della

---

ranza di tutela dei diritti, contribuirebbe a rafforzare la legittimazione complessiva del sistema politico costituzionale, è una fallacia.

Occorre infine precisare che, più recentemente, Waldron ha riconosciuto la legittimità di un modello istituzionale che preveda un dialogo fra potere giudiziario e potere legislativo: cfr. J. Waldron, *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in «Supreme Court Law Review», 23, 2004, pp. 9-21. Un modello simile di dialogo fra corti e parlamento viene auspicato anche da R. Burt, *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1992; I. Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton, 2003, pp. 66-77.

<sup>38</sup> Per una critica alla rappresentazione stilizzata dei meccanismi elettorali (dall'assenza strutturale di immedesimazione organica tra i cittadini e i loro rappresentanti discende la necessità di tutelare i diritti dei cittadini anche contro i loro rappresentanti): M. Kumm, *Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in «European Journal of Legal Studies», 2, 2007, pp. 153-183.

Convergono (seppur ritenendo implausibile l'ipotesi) nell'affermare che l'unica alternativa alla possibilità di conflitto e indeterminazione nel catalogo dei diritti consisterebbe nell'escludere la formulazione di un *Bill of rights* dalla redazione costituzionale, assegnando il compito della determinazione del contenuto dei diritti alla libera dialettica parlamentare disciplinata dalle regole procedurali della democrazia rappresentativa: B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 393-409.

<sup>39</sup> Argomentando in favore di un legame di cooriginarietà tra "autonomia privata" e "autodeterminazione politica", scrive ad esempio Habermas: «the two ideas of human rights and popular sovereignty some how inevitably result from reflection on what might justify, under conditions postmetaphysical thought, the validity of positive, that is enacted, law» (J. Haber-

rappresentatività o nei meccanismi procedurali, ma trovano la propria necessaria integrazione nella garanzia di una serie di principi e diritti fondamentali che rappresentano la dimensione sostanziale della sovranità popolare<sup>40</sup>.

Non si può infine trascurare che, in una democrazia costituzionale, il potere normativo degli “organi di chiusura” in grado di dire l’ultima parola sull’interpretazione della Costituzione, dovrà necessariamente appartenere al potere giudiziario: si tratta di un’esigenza indefettibile sotto il profilo logico-giuridico. Non si può prevedere una giurisdizione costituzionale senza attribuirle al contempo il diritto di poter dare l’ultima parola (il potere decisionale ultimo)<sup>41</sup>. D’altra parte, in un sistema caratterizzato dalla sovranità costituzionale, per effetto di una decisione originaria del potere costituente, la democraticità del legislatore discende principalmente dalla sua applicazione dei contenuti e dei programmi normativi della Costituzione. Si può a questo proposito seguire l’argomentazione di José Acosta Sánchez che, con un radicale capovolgimento di prospettiva, afferma:

---

mas, *Human rights and popular sovereignty: the liberal and the republican version*, in «Ratio Juris», 7, 1, 1994, p. 2).

<sup>40</sup> «[L]a volontà del popolo si esprime autenticamente solo se può esprimersi liberamente. E può esprimersi liberamente solo attraverso l’esercizio, oltre che del diritto di voto, delle libertà fondamentali da parte di tutti e di ciascuno: della libertà di pensiero, di stampa, di informazione, di riunione e di associazione. Per questo non c’è sovranità popolare né democrazia senza diritti di libertà individuali» (L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 7).

<sup>41</sup> «[C]on la creazione di un’istituzione che è chiamata a essere il custode della Costituzione, viene istituzionalizzata anche l’“ultima parola” sul contenuto e la validità della Costituzione stessa» (E. Böckenförde, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, in Id., *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, tr. it., Giuffrè, Milano, 2006, p. 631).

el legislador no es democrático *per se*, aunque exprese la voluntad de la mayoría parlamentaria, sino *sólo en el respeto a la Constitución*, que expresa una voluntad superior a la suya, la del pueblo soberano. Cuando el juez constitucional anula una ley por inconstitucional no incurre, pues, en paradoja, al contrario, restaura la coherencia entre la voluntad suprema del soberano, fuente primera del derecho, y la obra de sus representantes<sup>42</sup>.

Le decisioni giudiziarie, fondate su un'autorizzazione derivante dalla Costituzione, sono investite di una legittimità che potrebbe considerarsi indiretta. In questo senso, il controllo giurisdizionale di costituzionalità, seppur in assenza di un vincolo di carattere decisionale con la sovranità popolare, rappresenta un elemento complementare, integrativo, della nozione di democrazia intesa in senso sostanziale<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 366, corsivo nel testo. Per una linea argomentativa simile, tesa a radicare la giustizia costituzionale nel circuito democratico mediante il ricorso a principi metademocratici, si vedano soprattutto: A. Brewer-Carías, *Instituciones políticas y constitucionales. Tomo VI – Justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 65 ss.; H. Nogueira, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamerica en la alborada del siglo XXI*, Porrúa, México, 2004, pp. 13 ss.; A. Ruggeri, A., Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 10 ss.

<sup>43</sup> Cfr., in particolare, L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., pp. 876-877. Sull'idea che il ricorso ad una Corte costituzionale possa rappresentare un ulteriore canale di partecipazione politica per il cittadino (la possibilità di rimettere in discussione le scelte adottate democraticamente, di individuare quando sono stati trascurati o ignorati determinati interessi minoritari nel dibattito parlamentare), si vedano in particolare: J. Raz, *Rights and Politics*, in «Indiana Law Journal», 71, 1995, pp. 42-44; T. Macklem, *Entrenching Bills of Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 1, 2006, pp. 107-129; S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992, pp. 169-186.

#### 4. La teoria di Alexy e le critiche di Habermas e Ferrajoli

L'obiezione tradizionale rivolta contro la carenza di legittimazione democratica del bilanciamento giudiziale (e della proporzionalità, più in generale) si collega spesso ad un'altra critica che rileva la soggettività e l'irrazionalità dell'operato delle Corti costituzionali e dei giudici comuni nel risolvere i casi di collisioni tra principi e diritti fondamentali. Nei casi più radicali, queste critiche arrivano a contestare la radicale indeterminatezza e incommensurabilità che caratterizzano le modalità di applicazione di tale strumento e più in generale l'interpretazione giuridica e costituzionale<sup>44</sup>.

Le Corti costituzionali e i giudici comuni – obiettano i critici del *Judicial Review* – nel tracciare “gerarchie assiologiche mobili” tra diritti o principi riguardo a un caso concreto, finiscono per esercitare un lavoro di continua armonizzazione e (ri)definizione delle relazioni di predominanza tra i beni e gli interessi giuridici, nonostante in un sistema democratico questo compito dovrebbe corrispondere innanzitutto al Parlamento.

Il tentativo più sistematico di reagire a quest'orientamento, configurando la “razionalità giuridica” della giurisdizione costituzionale e del bilanciamento, è

---

<sup>44</sup> Convergono nel rappresentare la ponderazione come una formula retorica vuota o una tecnica di potere priva di una struttura giuridica ben determinata che ne garantisca la controllabilità intersoggettiva: E. Böckenförde, *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, cit.; J. García Amado, ¿*Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios*, in «Archivo de Filosofía del Derecho», tomi XIII-XIV, 1996-1997, p. 71; L. Henkin, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, in «Columbia Law Review», 78, 1978, p. 1048; W. Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 171; I. Maus, *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts*, in «Rechtstheorie», 20, 1989, pp. 191-210; R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Weiseshauses, Halle, 1923, p. 447; K. Greewalt, *Objectivity in Legal Reasoning*, in *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1992, p. 205; L. Tribe, *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency*, in «Harvard Law Review», 98, 1985, p. 595.

stato compiuto da Robert Alexy<sup>45</sup>, il quale muove da una concezione deliberativa della democrazia (e della rappresentanza) di taglio apertamente normativo. L'analisi di Alexy evidenzia tutta l'intensità del conflitto, insito nelle democrazie costituzionali, tra il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali, rilevando l'incompletezza del sistema giuridico e la necessità della sua apertura ad argomenti pratici generali. Il medesimo problema, tuttavia, è presente in particolar modo nelle riflessioni critiche sviluppate da Jürgen Habermas e Luigi Ferrajoli, trovando specificazioni diverse in relazione al differente ruolo assegnato ai principi (in particolare, al loro processo di concretizzazione) e alle norme giuridiche, e più in generale in relazione alla diversa valutazione della funzione del diritto nelle odierne democrazie pluraliste.

#### 4.1. *La nozione di rappresentanza argomentativa*

Il problema della legittimazione democratica della giurisdizione costituzionale, all'interno del pensiero di Alexy, si ricollega a un problema dogmatico di fondo quale la distinzione dicotomica (strutturale, qualitativa) e funzionale tra regole e principi<sup>46</sup>. Rielaborando le tesi di Dworkin sui principi, Alexy li definisce come argomenti per agire e precetti di ottimizzazione, ossia norme *prima facie*, parte di un ordine oggettivo di valori (*objektive Wertordnung*), che solo alla fine del processo di bilanciamento diventano regole o precetti definitivi. Le regole sono invece viste come precetti definitivi (*definitive Gebote*) che implicano

---

<sup>45</sup> Cfr. R. Alexy, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in «International Journal of Constitutional Law», 3, 4, 2005, pp. 572-581; Id., *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2015, pp. 23-36.

<sup>46</sup> Cfr. in particolare R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 106-107.



una conseguenza giuridica definitiva in quanto ordinano, vietano, permettono o autorizzano qualcosa in modo risolutivo. Alla base di quest'orientamento si trova una concezione della norma in cui il piano della giustificazione (*Begründung*) si presenta come indissolubilmente connesso a quello della sua applicazione (*Anwendung*).

La posizione di Alexy si inserisce altresì nel contesto del dibattito sulla natura dei diritti fondamentali sviluppatosi in Germania a seguito di alcune rilevanti decisioni del *Bundesverfassungsgericht* e, in particolare, a partire dalla sentenza Luth del 1958. Il Tribunale costituzionale ha interpretato la parte della Legge fondamentale (*Grundgesetz*) relativa ai diritti come un ordine di valori obiettivo ("*objektive Wertordnung*"). Tale sistema di valori (libertà, dignità, eguaglianza, principio dello Stato di diritto, dello Stato sociale, principio democratico), di rango superiore rispetto alle mutevoli volontà delle maggioranze politiche, rappresenta la fonte suprema in grado di plasmare le categorie giuridiche dell'intero ordinamento infracostituzionale, un impulso per tutti i settori dell'attività giuridica dello Stato.

Il modello teorico proposto da Alexy, la cui validità trascende tuttavia in larga misura i presupposti istituzionali storico-empirici dell'esperienza costituzionale tedesca e del *Bundesverfassungsgericht*<sup>47</sup>, concepisce il diritto come un'istituzionalizzazione della ragione pratica e prevede una gestione delle ragioni normative dei diritti in chiave prevalentemente argomentativa e procedu-

---

<sup>47</sup> Mentre nella *Teoria dei diritti fondamentali* il contenuto dei diritti fondamentali di libertà ed eguaglianza è mutuato dalla Legge Fondamentale tedesca, in alcune opere successive tale contenuto tende a essere giustificato a partire dalle regole procedurali del discorso, che sono alla base di ogni situazione intersoggettiva e fungono da condizione trascendentale dell'ordinamento giuridico nel suo complesso (cfr. in particolare R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1995, pp. 130-131).

rale. Secondo questa posizione dottrinale, l'organo di giustizia costituzionale è chiamato a configurare il proprio pensiero come un'istanza di riflessione del processo politico attraverso i canali di una "rappresentanza argomentativa"<sup>48</sup>, affinché i cittadini possano approvare razionalmente le argomentazioni introdotte nel dibattito pubblico, in un contesto culturale dominato dal pluralismo ideologico e dalla libertà di esprimere il proprio disaccordo.

L'applicazione dei principi costituzionali richiede un ruolo attivo, "estensivo", del Tribunale costituzionale, in quanto applicazione di una razionalità pratica e di una pretesa di "correttezza" (*Anspruch auf Richtigkeit*) che trova espressione nelle tecniche ponderative giudiziali. Alexy richiama in proposito un'ordinanza del 1973 del *Bundesverfassungsgericht* che conferma una precedente sentenza della Corte federale di giustizia, la quale aveva esteso la tutela del diritto alla riservatezza al di là dei casi previsti dalla legge<sup>49</sup>. Nella motivazione, il Tribunale costituzionale argomenta in favore della soggezione del giudice non solo alla legge ma anche, in conformità all'art. 20 del *Grundgesetz*, al diritto inteso come strettamente legato ai valori costituzionali.

---

<sup>48</sup> «The starting point of the argument of argumentative representation is the fact that constitutional review is an exercise of state authority»; «[a]n adequate concept of democracy must [...] comprise not only decision but also argument. The inclusion of argument in the concept of democracy renders democracy deliberative. Deliberative democracy is an attempt to institutionalize discourse as far as possible as a means of public decision-making. For this reason, the connection between the people and the parliament must be determined not only by decisions expressed in elections and votes but also by argument» (R. Alexy, *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, cit., pp. 31, 32). Sulla nozione di rappresentanza argomentativa, cfr. M. Kumm, «Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review», in M. Klatt (a cura di), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 206-207.

<sup>49</sup> Cfr. R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, tr. it., Einaudi, Torino, 1997, pp. 7ss.

Il suo operato, non limitabile alla mera garanzia delle procedure e dei meccanismi istituzionali, dovrebbe appunto ispirarsi a un'idea di "morale pubblica", intesa come rappresentazione comune delle condizioni giuste della cooperazione sociale. D'altra parte, in assenza di una legittimazione democratica diretta, il rischio di uno scivolamento verso un assetto sociale caratterizzato da una "dittatura dei giudici" può essere evitato cercando di includere la giurisdizione costituzionale all'interno del processo democratico.

#### 4.2. *Le critiche di Habermas*

Anche Jürgen Habermas discute il problema della legittimità della giustizia costituzionale nel contesto di una più ampia teoria della democrazia e dei diritti fondamentali. Nella propria riflessione, l'autore muove da una concezione deontologica dei diritti e dei principi costituzionali, intesi come "norme d'azione obbligatorie" intersoggettivamente valide per tutti i destinatari senza eccezioni. Secondo l'autore, la procedura alexyana comporterebbe una significativa perdita di normatività deontica dei diritti e dei principi costituzionali, che verrebbero consegnati a considerazioni economiciste. Il metodo del bilanciamento finirebbe per ridurre i diritti all'analisi costi-benefici, a una loro considerazione in termini di interessi utilitaristici; la considerazione dei diritti come beni o valori che richiedono di essere ponderati all'interno del caso concreto rischierebbe di convertire il Tribunale in un "negoziatore di valori", in un'istanza autoritaria lesiva delle prerogative del legislatore.

Le critiche di Habermas si dirigono più in generale alla concezione del ruolo della Corte tedesca quale interprete della trama dei valori che compongono il

testo costituzionale: in questo modo, secondo l'autore, il rischio che si determina è di creare un legislatore concorrente nel campo della decisione democratica.

Sulla base di queste premesse, Habermas sostiene che il ruolo del Tribunale costituzionale ("custode della democrazia deliberativa") dovrebbe limitarsi alla garanzia delle condizioni procedurali di formazione del consenso democratico e dei processi deliberativi, evitando quella forma autoritaria di paternalismo che consiste nell'interpretare e applicare il sistema dei diritti in conformità alla propria eticità sostanziale<sup>50</sup>. Tale visione del ruolo della Corte trova fondamento in una maniera di identificare i principi giuridici con i valori morali, disconoscendo in questo modo l'evoluzione di significato che essi subiscono una volta positivizzati. Questo significa essenzialmente occuparsi dell'esame delle norme controverse con «riguardo ai presupposti comunicativi e alle condizioni procedurali della legislazione democratica»<sup>51</sup>, senza entrare nel merito dei contenuti, che restano rimessi alla volontà democratica; «preoccuparsi che restino aperti i "canali" necessari all'inclusivo processo di formazione dell'opinione e della volontà attraverso cui una democratica comunità giuridica organizza se stessi»<sup>52</sup>.

La finalità principale della Costituzione dovrebbe consistere nella garanzia dei "procedimenti politici" mediante i quali i cittadini possono cercare di realizzare in forme cooperative il progetto di una vita più giusta; di contro, i giudici costituzionali dovrebbero occuparsi di garantire i processi di formazione della volontà politica.

---

<sup>50</sup> Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996, pp. 302 ss., spec. 308-309, 328. Per una replica: R. Alexy, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, in «La Ley», 09/10/08, Buenos Aires, pp. 1-2.

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 313.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 314.

Ora, da una parte, Alexy non fornisce alcun parametro effettivo di valutazione delle ragioni normative su cui dovrebbe fondarsi il modello di rappresentanza prospettato: non specifica quante persone, e in conformità a quali parametri concreti, dovrebbero accettare gli argomenti del Tribunale costituzionale come corrette o razionali per poter giustificare il controllo di costituzionalità. D'altra parte, anche sulle riflessioni di Habermas grava fortemente l'assenza di procedimenti alternativi rispetto alle tecniche ponderative per delimitare il contenuto delle norme: individuare tra le norme applicabili *prima facie* quelle che meglio si adattino ai singoli casi sembra infatti una soluzione eccessivamente astratta rispetto all'esperienza giuridica concreta.

#### 4.3. *Le critiche di Ferrajoli*

La teoria di Alexy è poi stata oggetto di un'attenta lettura critica da parte di Luigi Ferrajoli, il quale difende invece una prospettiva di "costituzionalismo garantista" (positivista) imperniato sulla tesi che i diritti fondamentali implicano l'esistenza o impongono l'introduzione delle regole che ne rappresentano le relative garanzie. Si tratta di una posizione che propugna la soggezione della legislazione a norme sulla produzione non solo formali, ma anche sostanziali, la cui violazione genera "antinomie per commissione" o "lacune per omissione".

La Costituzione (la "sfera dell'indecidibile"), rappresentando il dover essere rispetto all'azione del legislatore, prevede implicitamente lacune e antinomie che il legislatore deve eliminare adeguando costantemente l'ordinamento giuridico infracostituzionale a quello costituzionale. Centrale in questo modello, che ambisce ad essere congiuntamente esplicativo e normativo (ossia subordi-

nato alla promozione di determinati fini etico-politici), è poi la distinzione dogmatica tra regole – norme di cui sarebbe agevole la rilevazione della loro osservanza e della loro violazione –, principi direttivi – norme che fisserebbero scopi e valori politici da perseguire – e principi regolativi (come i diritti fondamentali), norme miste che condividerebbero delle prime l'agilità della rilevazione della loro osservanza o inosservanza, e dei secondi la portata argomentativa (come tutte le regole andrebbero applicati per sussunzione, come tutti i principi avrebbero struttura di argomenti).

Diversamente da Habermas, Ferrajoli considera il bilanciamento come del tutto fisiologico all'interno degli ordinamenti giuridici delle odierne democrazie costituzionali; ritiene tuttavia che la rilevanza di tale tecnica argomentativa e decisionale sia stata enfatizzata da diversi orientamenti dottrinali (specie di taglio neocostituzionalista), a detrimento di quello che dovrebbe essere il giusto perimetro delle relazioni di potere tra legislatore e giudici. Il costituzionalismo "principalista" di Alexy – obietta l'autore –, con la sua eccessiva enfaticizzazione del ruolo dei principi ("direttivi", nella ricostruzione di Ferrajoli) e dell'attivismo giudiziario, comporta un'attenuazione del carattere precettivo dei testi costituzionali e una perdita di normatività deontica dei diritti fondamentali. L'applicazione dei principi costituzionali finisce in questo modo per essere rimessa alle scelte discrezionali dei giudici, che alla Costituzione dovrebbero invece essere sottoposti, determinando una lesione del principio della separazione dei poteri. La proposta teorica alternativa al bilanciamento consiste in una diversa tecnica argomentativa che avrebbe il merito di contenere l'inflazione dei conflitti normativi generata appunto dall'uso improprio della ponderazione.

Come si è visto, Ferrajoli costruisce un modello, esplicativo e insieme normativo, che prevede una netta distinzione analitica tra: a) diritti-immunità illimitati, la cui garanzia non interferisce con altri diritti; b) diritti di libertà, che incontrano i limiti imposti dalla loro convivenza con i diritti di libertà degli altri soggetti; c) diritti sociali, i cui limiti non sono nei diritti fondamentali di altri tipo, ma solo nei costi della loro soddisfazione, finanziati attraverso il prelievo fiscale; d) diritti-potere, sottoposti a limiti, vincoli e controlli giurisdizionali di validità e di liceità, in funzione della tutela e della soddisfazione degli altri diritti fondamentali stabiliti dalle Costituzioni. Per quanto attiene alle gerarchie poste dalla Costituzione, al vertice della scala si hanno dunque le tradizionali immunità, poi i diritti di libertà e i diritti sociali, e infine i diritti patrimoniali<sup>53</sup>.

Ora, pur considerandolo implausibile come ipotesi di ricostruzione del ragionamento giudiziario, Ferrajoli afferma che il bilanciamento legislativo sia comunque richiesto per i principi direttivi e, almeno in parte, per i diritti sociali; per quanto riguarda i principi regolativi, invece, questi normalmente non richiedono un bilanciamento, a meno che non subiscano limitazioni (espresse) da parte di principi direttivi. Gli altri casi di collisione tra diritti fondamentali andrebbero invece risolti in base a gerarchie costituzionali o alla sussunzione per regole o, nei casi difficili, attraverso un'attività interpretativa (in particolare, il canone sistematico della gerarchia costituzionale rigida) tesa a individuarne i limiti impliciti. Da un punto di vista descrittivo, i giudici, di fatto, nella maggior parte dei casi non costruiscono gerarchie mobili mediante bilanciamento, ma scoprono gerarchie assiologiche e giuridiche già insite nella Costituzione.

«La rappresentanza politica – afferma inoltre l'autore – consiste nella

---

<sup>53</sup> Cfr. soprattutto L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 110-112, 116-117, 123.

rappresentanza delle volontà, degli interessi, delle opzioni e degli orientamenti politici degli elettori, e non certo nella rappresentanza di un ideale consenso popolare prestato all'argomentazione giurisdizionale in forza del suo carattere razionale»<sup>54</sup>. La legittimazione democratica delle "funzioni di governo" (le funzioni di innovazione e trasformazione giuridica) riposa, appunto, sulla rappresentanza politica, cioè sull'idea che nuove decisioni, come sono soprattutto le leggi, siano prese con il consenso o comunque con la partecipazione sia pure indiretta dei loro destinatari. Al contrario, la legittimazione democratica delle "funzioni di garanzia", e tipicamente della funzione giudiziaria, non soltanto è indipendente, ma addirittura in virtuale contrasto con il consenso popolare (la connessione con la sovranità popolare deriva dall'applicazione della legge e della Costituzione). Tale legittimazione consiste nell'accertamento della verità dei presupposti del loro esercizio; nel caso della giurisdizione, in particolare, si basa sulla verità processuale delle tesi che accertano la violazione giuridica sottoposta a giudizio.

Quest'ultima tesi è problematica. In una democrazia costituzionale, potere politico e potere giudiziario dispongono di una diversa fonte di legittimazione e di differenti modalità di esercizio<sup>55</sup>: il potere politico risponde ad un criterio di

---

<sup>54</sup> L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2015, p. 43.

<sup>55</sup> Gustavo Zagrebelsky, in particolare, evidenzia la necessità di distinguere tra democrazia come tipo di investitura di soggetti e democrazia come tipo di funzione: secondo quest'ultima logica, si può pertanto comprendere con maggiore facilità l'esistenza di organi non democraticamente formati (i giudici indipendenti, in genere, e i tribunali costituzionali, in specie) che svolgono funzioni essenziali per qualsiasi democrazia costituzionale (cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 97). «[I]n una Costituzione non monistica – scrive – che accoglie in sé diversi principi ispiratori, l'organo investito della funzione di controllo non partecipa conseguentemente di un fondamento analogo a quello degli organi politicamente attivi ove si esprime il principio di maggioranza» (G. Zagrebelsky, «La Corte costituzio-



legittimazione democratico-elettivo, caratterizzato dalla regola maggioritaria; i poteri di garanzia come la Corte costituzionale trovano invece la loro fonte di legittimazione nel compito di garantire il rispetto dei limiti del potere e di salvaguardare i diritti, nonché nei requisiti di competenza e indipendenza che essi debbono possedere. Sarà opportuno parlare, in questo caso, di “legittimazione di secondo grado” derivante dal sistema costituzionale, nel senso di non riconducibile a una diretta investitura popolare. Tuttavia, gli organi di giustizia costituzionale, sebbene non traggano la propria legittimazione dal voto popolare, possono essere visti come democraticamente legittimati dalla funzione professionale che esercitano, dalle modalità di esercizio delle funzioni ad essi costituzionalmente attribuite: nel contesto italiano, ad esempio, il sindacato di costituzionalità delle leggi a garanzia della Costituzione, l’attuazione del principio di eguaglianza (sulla cui base la Corte è pervenuta all’elaborazione del sindacato di ragionevolezza), il compito di mediazione e ricomposizione dei conflitti sociali mediante la tecnica del bilanciamento, e, infine, la funzione di tutela dei diritti fondamentali.

La critica che Ferrajoli rivolge alla ponderazione, legata all’indebolimento che essa causerebbe nella normatività delle Costituzioni, tende a trascurare un dato essenziale, ossia che, in conseguenza del processo di costituzionalizzazione che ha modificato la cultura giuridica di diversi Paesi, le carte costituzionali assegnano in ogni caso un’ampia discrezionalità ai suoi interpreti.

---

nale e il legislatore», in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 111).

## 5. La divisione del lavoro nell'amministrazione dei diritti

Nel dibattito filosofico-giuridico contemporaneo ha trovato una certa diffusione l'idea che la sede migliore per risolvere i conflitti politici sia quella giurisdizionale, mentre la legislazione rappresenterebbe una soluzione incompleta<sup>56</sup>.

In particolare, secondo il modello espressamente normativo di democrazia elaborato da John Rawls, i casi di collisione tra i diritti fondamentali riconosciuti dal testo costituzionale richiedono necessariamente il ricorso a criteri razionali sostantivi e a principi morali di giustizia. La Corte Suprema o costituzionale, per la sua posizione di relativa indipendenza dalla politica ordinaria, la sua capacità di individuare i valori costituzionali, e in virtù del peculiare modello di ragionamento giuridico da essa adottato, si trova nelle condizioni ideali per interpretare nell'interesse comune la sostanza materiale della Costituzione e dei suoi principi fondamentali, per proteggere i diritti dalla maggioranza parlamentare e dall'attività del governo e dell'amministrazione, introducendo, attraverso le sue giustificazioni, argomenti razionali in grado di migliorare la qualità del dialogo collettivo<sup>57</sup>. In questa attività interpretativa, i giudici dovranno prescindere da convinzioni morali personali, né si potranno richiamare a dottrine filosofiche e religiose; dovranno piuttosto «fare appello a

---

<sup>56</sup> Tra i vari modelli normativi, si vedano in particolare: R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1986; J. Rawls, *Una teoria della giustizia* [1971], tr. it., Feltrinelli, Milano, 1982.

<sup>57</sup> J. Rawls, *Liberalismo politico* [1993], tr. it., cura di S. Veca, Einaudi, Torino, 2012, cap. VI. Per una linea argomentativa simile si vedano anche: S. Hampshire, *Justice Is Conflict*, Princeton University Press, Princeton, 2001, pp. 89-90; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007; J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 212; W. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005. J. Raz, *Disagreement in Politics*, in «American Journal of Jurisprudence», 43, 1998, pp. 45-46.

quei valori politici che appartengono, a loro giudizio, al modo più ragionevole di intendere la concezione pubblica e i suoi valori politici di giustizia e ragione pubblica»<sup>58</sup>.

Il difetto principale di questa posizione consiste nella sua rappresentazione idealizzata delle Corti costituzionali come dei fori puramente neutri, tecnici, apolitici, imparziali. Al potere giudiziario la Costituzione tende effettivamente ad affidare la protezione “negativa” dei diritti, ossia la verifica di eventuali violazioni tra soggetti privati, il controllo circa la ragionevolezza (in termini di compressioni o limitazioni) delle scelte legislative<sup>59</sup>. Anche nello Stato costituzionale contemporaneo, tuttavia, permangono alcuni profili “positivi” dei diritti, che richiedono un intervento attivo da parte dei poteri pubblici, la destinazione di risorse, l’istituzione di apparati burocratici, il bilanciamento tra gli interessi politici ed economici, e così via.

In uno Stato costituzionale, i diritti fondamentali generano uno spazio di

---

<sup>58</sup> Cfr. J. Rawls, *Liberalismo politico*, cit., p. 201.

<sup>59</sup> Sul tema del soggetto istituzionale deputato alla gestione (concretizzazione e tutela) dei diritti, e più in generale sul problema della divisione del lavoro nell’amministrazione dei diritti: M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e Diritto. Ricerche di metagiurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1-21; R. Bin, *Che cos’è la Costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2007, pp. 11-52; R. Burt, *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1992; B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in «Filosofia politica», 19, 3, 2005, pp. 427-441; G. Palombella, *L’autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 141-151; B. Pastore, *Per un’ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 144-152; G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 393-409; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 54-66; J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, p. 257 («constitutional rights are devices for effecting a division of power between various branches of government [...] the effect is that the current extent of, say, the legal right of free expression is a combined result of both legislation and judicial action»); J. Waldron, *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in «Supreme Court Law Review», 23, 2004, pp. 9-21.

autonomia in cui si muovono liberamente le decisioni politiche che governano la vita politica<sup>60</sup>. Joseph Raz, a questo proposito, utilizza un'analogia riferita alle decisioni che prendiamo nella nostra individuale:

[h]ence in deciding whether to spend public resources on museums or sport facilities, whether to concentrate them in a few regional centers or disperse them among many towns, whether to favor conservation of the countryside and of farming communities or to encourage urbanization based on service industries, or indeed whether to generate more public resources through taxation or to leave more resources with individuals to do with what they like, in these and many other questions there may be no solution which is best, only a range of incompatible solutions to choose from which are all good. This view relates to one aspect of morality and rationality. It concerns those aspects of morality and rationality whereby they contribute to the morality of an action by its being guided by reasons, moral ones where they pertain. An action can be moral not because of the reasons for which it is done but because of what it expresses. A political decision can be rational because it expresses 'the will of the people', *i.e.* it was reached in ways which realize the value of participation in public affairs, regardless of its consequences or the reasons which motivated it. The fact that within a certain range reasons are silent on which decision ought to be taken has important consequences for the evaluation of political institutions, partly because of its implications regarding the relative role of expressive and guiding reasons in their evaluations<sup>61</sup>.

In definitiva, se si assume come attributo della legittimazione del controllo di costituzionalità la nozione procedurale di democrazia come insieme di regole che attribuiscono al popolo o, meglio ancora, alla maggioranza dei suoi membri, il potere di assumere decisioni pubbliche per tutelare l'interesse collettivo, il tentativo di incorporare il bilanciamento nel circuito democratico è inesorabil-

---

<sup>60</sup> José Juan Moreso, al riguardo, parla di "valore espressivo della democrazia" (cfr. J. Moreso, *Ferrajoli sui conflitti tra diritti*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 6, 2006, p. 139).

<sup>61</sup> J. Raz, *Law and Morality*, in Id., *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 338.

mente destinato al fallimento<sup>62</sup>. Questa operazione può invece acquisire significato sul terreno di una concezione sostanziale della democrazia imperniata su un nucleo di principi e valori che rappresentano la dimensione sostanziale della sovranità popolare.

Come rileva Giorgio Pino,

una organizzazione giuspolitica in cui è presente una forma di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi risponde meglio delle alternative agli ideali costituzionalistici del potere limitato e anche ad una certa declinazione della stessa democrazia che, seguendo Philip Pettit, potremmo chiamare “*democrazia contestatrice*”<sup>63</sup>.

In questo senso, il controllo di costituzionalità e la concretizzazione dei diritti fondamentali mediante bilanciamento, possono rappresentare un elemento per

---

<sup>62</sup> «Tale accezione identifica la democrazia semplicemente sulla base delle forme e delle procedure idonee a garantire che le decisioni prodotte siano espressione, diretta o indiretta, della volontà e della sovranità popolare. La identifica, in breve, in base al chi (il popolo o i suoi rappresentanti) ed al come (la regola della maggioranza) delle decisioni, indipendentemente dai loro contenuti» (L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 5).

Se si considera ad esempio la Corte costituzionale italiana, occorre rilevare che i quindici giudici che la compongono sono nominati in parti uguali dal Presidente della Repubblica, dal Parlamento in seduta comune e dalle supreme magistrature civile e amministrativa. Secondo tale prospettiva, pertanto, si dovrebbe concludere che essi non sono designati in modo “democratico”.

<sup>63</sup> G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in «Ragion Pratica», 2, 2014, p. 550, corsivo mio.

Per la nozione di democrazia contestatrice (la possibilità per i cittadini di criticare e rimettere in discussione le decisioni assunte dai loro rappresentanti, e, nel caso, correggerle alla luce dei diritti individuali lesi) descritta da P. Pettit (*Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in *Democracy's Value*, a cura di I. Shapiro, C. Hacker-Cordon, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, pp. 163-190; Id., *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. Shapiro, S. Macedo (a cura di), *Designing Democratic Institutions*, New York University Press, New York, 2000. In argomento, si veda anche la lettura dell'agire politico come insieme di tre livelli (“costituzionale”, “elettorale-ordinario”, “spontaneo-movimentista”) operata da A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 2008.

rafforzare la democraticità del sistema politico e uno strumento per proteggere i diritti, introducendo argomenti e ragioni che aumentino la consapevolezza dell'opinione pubblica circa la loro funzione all'interno della società.

Il rapporto che s'instaura tra politica rappresentativa e giurisdizione costituzionale non necessariamente deve poi configurarsi in termini antagonistici: tramite i meccanismi del *Judicial Review* si garantisce ai cittadini un'occasione per intervenire nel processo di consolidamento o di revisione delle decisioni legislative, contestandole in un foro che, almeno idealmente, non rispecchia il gioco delle contingenti maggioranze politiche. Il dibattito pubblico si può così arricchire di nuove voci, nuove idee politiche e sociali, che determinano un ampliamento dello spazio di deliberazione che caratterizza la democrazia rappresentativa. Il principio democratico di autonormazione collettiva, in questo modo, può entrare in una relazione sinergica con altri principi metademocratici, a partire dal complesso dei diritti fondamentali che concorrono a definire la dimensione sostanziale dello Stato costituzionale.

A queste considerazioni occorre aggiungere che, generalmente, agli organi di giustizia costituzionale, eletti secondo un procedimento concreto di selezione e designazione<sup>64</sup>, è preclusa la possibilità di procedere *ex officio*: le loro pronunce devono essere sollecitate da istanze o ricorsi di terzi, organi politici, minoranze parlamentari, organi di tutela dei diritti fondamentali o persone che ritengano violate le proprie situazioni giuridiche soggettive. Le decisioni di tali organi,

---

<sup>64</sup> Sulla distinzione tra un modello "burocratico-funzionariale" (per concorso pubblico) e un modello che intende invece garantire una relazione di tipo rappresentativo tra la magistratura e il soggetto titolare della sovranità, nella forma diretta delle elezioni popolari dei giudici (tipica degli ordinamenti di *common law*) o in quella indiretta della loro nomina a livello governativo: M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984; Id., *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Giuffrè, Milano, 1988.

basate su determinati canoni argomentativi e su un certo addestramento professionale (la familiarità con una certa formulazione testuale del testo costituzionale, il vincolo dei precedenti, la lettura sistematica di più principi e istituti costituzionali, ecc.), devono poi trovare una giustificazione giuridica, essere fondate sulle fonti del diritto costituzionale vigente, ciò che rende possibile un controllo della comunità scientifica e della società nel suo complesso sul loro operato. La discrezionalità di questo intervento è infine limitata dal potere, spettante al titolare del potere di revisione costituzionale, di ripristinare qualsiasi normativa dichiarata illegittima dalle Corti (o dai Tribunali) costituzionali.

## Capitolo VI. Fondamenti epistemologici dell'indeterminatezza normativa

### 1. *Gli obiettivi dell'analisi*

Il discorso sviluppato nei capitoli precedenti ha inteso mostrare che il diffuso ricorso al bilanciamento si ricollega a un aspetto altrettanto pervasivo del costituzionalismo contemporaneo, ossia il conflitto tra diritti fondamentali, il quale a sua volta deriva, in buona misura, dalle caratteristiche con cui sono solite essere formulate e interpretate le disposizioni che li riconoscono. S'impone ora la necessità di riflettere sulle ragioni conoscitive per cui le disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali tendono a essere fraseggiate secondo un modello di scrittura che evidenzia ampi margini di indeterminazione. Occorre esaminare, in altri termini, le cause strutturali del notevole spazio di configurazione che le dichiarazioni costituzionali dei diritti lasciano all'evoluzione della società. Il proposito essenziale di quest'ultimo capitolo è allora quello di indagare alcune implicazioni epistemologiche delle metamorfosi che hanno interessato i processi interpretativi in materia di diritti fondamentali all'interno dello Stato costituzionale contemporaneo, e realizzare un'analisi critica, di carattere interdisciplinare, dei fondamenti filosofici della ponderazione tra diritti fondamentali.



## 2. *L'apertura della scrittura costituzionale*

Le Costituzioni degli odierni Stati costituzionali sono documenti scritti con il proposito di conservarsi a lungo<sup>1</sup>; per diverse ragioni strutturali (limitazioni di tempo e d'informazioni, difficoltà di stabilire accordi precisi tra i costituenti, impossibilità di prevedere tutti i casi in cui potrà essere rilevante un bene protetto, ecc.), non risulta possibile specificare rigorosamente tutte le condizioni di applicazione delle disposizioni costituzionali.

Un modello di scrittura costituzionale che aspirasse a ridurre o addirittura a sradicare qualsiasi margine d'indeterminazione finirebbe per consegnare il testo costituzionale a una rapida obsolescenza, con il mutare delle circostanze economiche, sociali, politiche, ecc; o, d'altra parte, rischierebbe di impedire qualsiasi evoluzione normativa. Si può seguire, al riguardo, il ragionamento di Victor Ferreres Comella che, riflettendo sul problema dell'esigenza di precisione del testo costituzionale, osserva:

la Constitución de detalle conlleva la vinculación injustificable de la generación actual y de la futura a las decisiones de una generación ya muerta; no permite acoger nuevas exigencias éticas derivadas de aspectos de la libertad y de la dignidad humanas que no están contemplados en sus cláusulas abiertas específicas; y dificulta el desarrollo de procesos interpretativos que permitan

---

<sup>1</sup> Sulla relazione tra scrittura costituzionale e dimensione temporale: L. Gianformaggio, *Tempo della Costituzione, tempo della consolidazione*, in «Politica del diritto», 4, 1997, pp. 527-551; A. Kavanagh, *The Idea of a Living Constitution*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 16, 2003, pp. 55-89. Sull'evoluzione dei valori incorporati nei testi costituzionali: J. Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in «California Law Review», 82, 1994, pp. 509-540; G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MacCormick, Z. Bankowski (a cura di), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1989, pp. 107-133; G. Zagrebelsky, *Storia e Costituzione*, in Id., J. Luther, P. Portinaro (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.

integrar políticamente a los miembros de una sociedad plural, así como a Estados diversos, dentro de una cultura pública común basada en valores compartidos<sup>2</sup>.

Il nucleo dell'argomentazione del costituzionalista spagnolo è di carattere normativo: la genericità e l'astrattezza nella formulazione dei principi e valori costituzionali rendono possibile la conciliazione fra rigidità costituzionale e principio democratico. La riflessione, tuttavia, evidenzia anche l'asimmetria tra il modello prescrittivo di "Costituzione in dettaglio" – che pretende di cristallizzare i valori e i principi costituzionali in una gerarchia immutabile – e la pratica dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni costituzionali.

In un senso parzialmente analogo, Michel Fromont argomenta a favore del maggior grado di "democraticità" dei diritti e principi costituzionali codificati dalle Costituzioni contemporanee, dovuto al consenso più ampio e longevo, rispetto all'accordo del momento elettorale, che si può concentrare su di essi.

---

<sup>2</sup> V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 138. Lo stesso autore, inoltre, propone una trasposizione, nel campo dell'interpretazione giuridica, di un ragionamento sviluppato da Karl Popper (*Logica della scoperta scientifica: il carattere autocorrettivo della scienza* [1934], tr. it., Einaudi, Torino, 1998), che argomenta come il grado di probabilità logica e di corroborazione del contenuto empirico delle teorie scientifiche risulta maggiore o minore a seconda del livello di precisione con cui sono formulate.

Per una linea di argomentazione affine in materia di astrattezza della scrittura costituzionale, si vedano B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1960, spec. pp. 83-84; K. Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, spec. p. 18; C. Sunstein, "Incompletely Theorized Agreements", in Id., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 35-61). Infine, per riferirsi alla dimensione pluralista del costituzionalismo contemporaneo, basato su principi e valori conflittuali, Zagrebelsky utilizza l'immagine della "mitezza". In un quadro costituzionale orientato a garantire l'integrazione tra una molteplicità di valori eterogenei – argomenta l'autore –, l'unico meta-valore di riferimento è rappresentato dal pluralismo dei valori (cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, spec. pp. 14-17).

[L]e juge qui interprète la Constitution et impose aux autres pouvoirs publics le respect des règles qu'implique le texte constitutionnel exprime en quelque sorte une légitimité démocratique plus ancienne ou plus large qui n'a pas vocation à fluctuer aussi rapidement que celle des principaux organes politiques de l'État<sup>3</sup>.

In questa prospettiva, la stessa indeterminazione della formulazione linguistica delle disposizioni attributive di diritti costituisce un fattore di vitalità del catalogo costituzionale, uno strumento per assicurare all'ordinamento giuridico la sua flessibilità.

### 3. *Un'ipotesi di trasposizione analogica*

Un possibile banco di prova per riflettere sul rapporto tra scrittura costituzionale e dimensione temporale può essere offerto dall'analisi di alcuni assunti epistemologici della fisica quantistica (in particolare, di un suo specifico sviluppo in termini "relazionali"). Questa ipotesi euristica può offrire argomenti per rappresentare in termini probabilistici il processo di concretizzazione del contenuto delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali, muovendo dal riconoscimento della limitazione intrinseca che condiziona la conoscenza del giudice nella selezione del materiale giuridico. Si tratta di un orizzonte argomentativo – un paradigma epistemico di dialogo/incontro tra osservatore e osservato) –, al cui interno si possono trovare ragioni filosofiche per di-

---

<sup>3</sup> M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, p. 132. Per una trattazione critica del medesimo problema, si veda (fin dal titolo), G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale* [1972], in *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II, a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 987-1050.

fendere un'idea di fondo, ossia che qualsiasi disciplina costituzionale dei diritti non possa, pena alcune incongruenze sul piano logico, liberarsi di ampi margini di indeterminazione.

### 3.1. *La meccanica quantistica relazionale*

Ora, seguendo il fisico Carlo Rovelli<sup>4</sup> si può considerare la meccanica quantistica come la congiunzione di tre elementi teorici essenziali:

- 1) granularità: il grado di informazione contenuto nello stato di un sistema è finito ed è limitato dalla costante di Planck, in modo tale che con il diminuire dell'informazione necessariamente aumenta l'entropia globale e viceversa;
- 2) indeterminismo: il futuro non è determinato univocamente dal passato, cosicché anche le più rigide regolarità osservate, in realtà, costituiscono meri acceramenti statistici;
- 3) relazionalità: i fenomeni della natura fisica rappresentano sempre interazioni, in modo tale che gli eventi di un sistema si verificano solo in relazione agli eventi di un altro sistema.

Secondo questo paradigma<sup>5</sup>, pertanto, il mondo fisico viene rappresentato come una successione di eventi quantici granulari, di processi discreti, individuali e casuali.

---

<sup>4</sup> Cfr. C. Rovelli, *La realtà non è come ci appare: la struttura elementare delle cose*, Cortina, Milano, 2014, pp. 111-119; Id., *Sette brevi lezioni di fisica*, Adelphi, Milano, 2014, pp. 23-30.

Tra le opere storiche di riferimento sulla nascita e lo sviluppo della teoria quantistica, si veda soprattutto: J. Mehra, H. Reichenberg, *The Historical Development of Quantum Theory*, 6 voll., Springer, Berlin-New York, 1982-88.

<sup>5</sup> Seguendo Kuhn, per "paradigma" si può intendere una costellazione di credenze condivise da un determinato gruppo sociale; un complesso di teorie, valori epistemologici, generalizzazioni simboliche, soluzioni e tecniche di ricerca, ai quali una determinata comunità scientifica, nei "periodi di scienza normale" (quando gli scienziati sono impegnati a consolidare, confermare e sviluppare il modello esplicativo vigente), riconosce una funzione emblematica, ossia la ca-

Nello sviluppo della sua peculiare interpretazione della meccanica quantistica, Rovelli concepisce la dimensione relazionale come un'estensione radicale della teoria ristretta o speciale, come una riformulazione in termini di accentuato pluralismo e prospettivismo<sup>6</sup>. Il contenuto fisico della teoria dei quanti è visto come un'espressione dell'interconnessione dei diversi sistemi fisici; tutte le caratteristiche di un oggetto esistono solo rispetto ad altri oggetti.

Sulla radicalizzazione della relatività dei valori fisici operata dall'interpretazione di Rovelli è opportuno citare per esteso un passo di una riflessione di Mauro Dorato:

[t]he historical theme of the relativization of quantities that were previously regarded as absolute is central also in Rovelli's relational approach to quantum mechanics (RQM), whose metaphysical consequences, strangely enough, have not yet been explored in depth, despite the fact that in his interpretation, Rovelli proposes a much more radical relativization than that required by STR [Special Theory of Relativity], namely the relativization of the possession of values (or definite magnitudes) to *interacting physical systems*. Rovelli's relativization is more radical with respect to previous historical cases for at least two reasons<sup>7</sup>.

---

pacità di costituire il fondamento e la matrice disciplinare della sua prassi ulteriore (cfr. T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], tr. it., Einaudi, Torino, 2009).

Sul problema della relazione tra il paradigma meccanicistico e quello quantistico, e con specifico riferimento al tema dell'indeterminismo causale, si vedano gli studi di F. Laudisa, *Le correlazioni pericolose: tra storia e filosofia della fisica contemporanea*, Il Poligrafo, Padova, 1998; Id., *Causalità: storia di un modello di conoscenza*, Carocci, Roma, 1999.

<sup>6</sup> Si vedano in particolare F. Laudisa, *The EPR Argument in a Relational Interpretation of Quantum Mechanics*, in «Foundations of Physics Letters» (arXiv:quant-ph/0011016), 14, 2, 2001, pp. 119–132; C. Rovelli, *Relational quantum mechanics*, in «International Journal of Theoretical Physics» (arXiv:quant-ph/9609002), 35, 1996, pp. 1637–1657; Id., M. Smerlak, *Relational EPR*, in «Foundations of Physics» (arXiv:quant-ph/0604064), 37, 3, 2007, pp. 427–445.

<sup>7</sup> M. Dorato, *Rovelli's relational quantum mechanics, anti-monism and quantum becoming* (arxiv.org/pdf/1309.0132, p. 2, corsivo nel testo).

Partendo dalla constatazione del variare, secondo gli osservatori, della descrizione delle evidenze sperimentali, questo orientamento sottolinea come il concetto di stato, costituendo il prodotto della relazione tra il sistema e il proprio osservatore, non possa mai essere concepito in termini “assoluti”.

A questo proposito, osserva anche Michel Bitbol: «[l]es ‘états’ quantiques expriment ses relations avec divers autres systèmes physiques parmi lesquels les appareils de mesure et les observateurs»; «[s]elon l’interprétation relationnelle de la mécanique quantique, il n’y a pas de “fact of the matter” sur la valeur que prend une observable pour un système, ni même sur ce qu’est “l’état réel” de ce système, indépendamment d’une observation»<sup>8</sup>.

In Rovelli’s world – scrive infine il filosofo olandese Bas van Fraassen – there are no observer-independent states, nor observer-independent values of physical quantities. A system has one state relative to a given observer, and a different state relative to another observer. An observable has one value relative to one observer and a different value relative to another observer<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> M. Bitbol, *Physical Relations or Functional Relations? A non-metaphysical construal of Rovelli’s Relational Quantum Mechanics*, [philsci-archive.pitt.edu/3506](http://philsci-archive.pitt.edu/3506), ried. in *De l’intérieur du Monde. Pour une philosophie et une science des relations*, Flammarion, Paris, 2010, p. 2, p. 15. L’autore analizza lo sviluppo relazionale della meccanica quantistica in una prospettiva di trascendentalismo kantiano, proponendo di eliminare il riferimento funzionale al concetto di “osservatore fisico” (o naturale), prodotto di una costruzione interpretativa: «[l]’absolutisation résiduelle de la méta-description du processus cognitif, qui tend à créer ces malentendus à propos de la conception de Rovelli, découle en fin de compte d’un oubli important : l’oubli que les pôles de la relation invoquée doivent eux-mêmes être considérés, selon la logique de l’interprétation relationnelle poussée jusqu’à ses ultimes conséquences, comme le produit d’une relation constitutive antérieure. Mais réparer cet oubli suppose d’abandonner le point de vue naturalisant de Rovelli pour adopter un point de vue transcendantal, typique des philosophies issues de la tradition kantienne» (*ivi*, p. 15).

<sup>9</sup> B. van Fraassen, *Rovelli’s World*, in «Foundations of Physics», 40, 2010, p. 390. Per un’estesa discussione critica sull’interpretazione relazionale, si veda lo stesso van Fraassen (*ivi*, pp. 390-417), che suggerisce inoltre un possibile miglioramento, in forma di postulato addizionale, parzialmente relazionato con la descrizione del medesimo sistema offerta da differenti osservatori.

Analizzando alcune implicazioni filosofiche di questo modello interpretativo, occorre evidenziare come, in questa prospettiva, ogni evento appaia, al medesimo agente o a diversi agenti, sotto la forma di una pluralità indefinita di descrizioni possibili. La conoscenza della realtà risulta indissolubilmente connessa con l'assunzione di un determinato punto di vista, mutevole secondo gli individui e, dal punto di vista dello stesso individuo, secondo le condizioni specifiche. Con il variare delle interpretazioni circostanziali dei fatti, il mondo fenomenico acquisisce una pluralità indefinita di significati.

### 3.2. *Problemi teorici dell'analogia*

L'ipotesi di traduzione analogica di alcune acquisizioni epistemologiche della fisica dei quanti (meglio ancora: di un suo peculiare sviluppo) implica, in linea di principio, il problema teorico di accettare la liceità di formulare tesi di carattere conoscitivo a partire dall'esame delle teorie scientifiche. La possibilità di individuare una connessione logica con alcuni aspetti che caratterizzano i processi interpretativi e creativi dell'interpretazione giuridica, in certa misura, potrebbe essere suggerita, o quantomeno non osteggiata, da Werner Heisenberg, che considera le relazioni di indeterminazione (*Unbestimmtheitsrelationen*)<sup>10</sup> come una legge universale fondamentale, il cui contenuto va al di là della sua formulazione matematica, arrivando a influenzare la stessa cultura umana.

---

<sup>10</sup> W. Heisenberg, *Physics and Philosophy: The Revolution in Modern Science*, Harper and Row, New York, 1958. Per un'argomentazione analoga (le acquisizioni delle scienze fisiche come parte della cultura umana extrascientifica), si veda anche N. Bohr, *Natural Philosophy and Human Cultures*, in Id., *The Philosophical Writings of Niels Bohr, Essays 1933-1957 on Atomic Physics and Human Knowledge*, Ox Bow, Woodbridge, 1987.

Il principio di indeterminazione, formulato per la prima volta nel 1927 dal fisico tedesco, evidenzia l'impossibilità, nell'osservazione scientifica, di conoscere con precisione oggettiva determinate coppie di magnitudini fisiche, sulla base della perturbazione finita che l'osservazione produce sull'oggetto analizzato. Qualsiasi misurazione necessariamente determina un salto discontinuo all'interno del sistema. Le limitazioni intrinseche alla conoscenza delle proprietà dei sistemi fisici non permettono di prevedere con certezza il comportamento futuro di una particella subatomica, autorizzando viceversa solo previsioni probabili, fondate su accertamenti statistici del suo comportamento. Se calcoliamo la misura dell'impulso  $p$  di una particella materiale o di un fotone, individuando simultaneamente le componenti di un impulso secondo tre assi coordinati ( $p_x, p_y, p_z$ ) e le coordinate ( $x, y, z$ ) del punto in cui si trova la particella o il fotone, si verificherà che l'imprecisione con la quale si determina uno qualsiasi di questi dati ( $\Delta p_x, p, \text{ej.}$ ) e l'imprecisione nella misurazione della coordinata corrispondente ( $\Delta x$ ) non potranno tendere entrambe verso lo zero, poiché il loro prodotto deve rimanere maggiore o uguale a una certa quantità finita, dipendente dalla costante di Planck  $h$ .

Oltre che dal principio di indeterminazione, il carattere probabilistico delle leggi della meccanica quantistica è stato evidenziato dall'altra teoria che compone la cosiddetta "interpretazione di Copenhagen", ossia il principio di complementarità formulato da Niels Bohr nel medesimo anno 1927. In estrema sintesi, questa teoria afferma che il duplice aspetto di alcune rappresentazioni fisiche dei fenomeni a livello atomico e subatomico non possa essere osservato contemporaneamente all'interno dello stesso esperimento<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. soprattutto W. Heisenberg, *Die physikalischen Prinzipien der Quantentheorie*, Hirzel,



Ad ogni modo, l'approccio che sorregge la presente ipotesi di lavoro risponde a una metodologia più moderata consistente nell'esplorare la possibilità di derivare alcune indicazioni dallo studio di tematiche che appartengono prevalentemente alla filosofia della fisica, con la consapevolezza che sia possibile identificare alcuna relazione d'identità con il campo della conoscenza giuridica.

### 3.3. *Le prospettive di Tribe e Bin*

Il primo tentativo organico di trasposizione analogica di alcuni contenuti della fisica contemporanea va rinvenuto nello studio pionieristico di Laurence Tribe *"The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics"*. Il costituzionalista statunitense, nella sua ricostruzione teorica, si proponeva di delineare un nuovo "paradigma del ragionamento giuridico e dell'analisi costituzionale" dichiaratamente basato su alcuni elementi della teoria kuhniana (in particolare, per quanto attiene alla lettura della storia della conoscenza scientifica in termini rivoluzionari). In questo senso, osserva l'autore:

[i]n Einstein's view, space is not the neutral "stage" upon which the play is acted, but rather is merely one actor among others, all of whom interact in the unfolding of the story. Einstein's brilliance was to recognize that in comprehending physical reality the "background" could not be abstracted from the "foreground".

[...] A parallel conception in the legal universe would hold that, just as space cannot extricate itself from the unfolding story of physical reality, so also the law cannot extract itself from social structures; it cannot "step back", establish an "Archimedean" reference point of detached neutrality, and selectively reach in, as though from the outside, to make fine-tuned adjustments to highly particular-

---

Leipzig, 1930, IV, par. 3; N. Bohr, *The Quantum Postulate and the Recent Development of Atomic Theory*, in «Supplement to "Nature"», 14, 1928, pp. 580-590.

ized conflicts. Each legal decision restructures the law itself, as well as the social setting in which law operates, because, like all human activity, the law is inevitably embroiled in the dialectical process whereby society is constantly recreating itself<sup>12</sup>.

Più recentemente, Roberto Bin ha ripreso questa linea interpretativa, identificando quattro premesse della meccanica quantistica che si potrebbero applicare al campo dell'interpretazione giuridica: a) «l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e ne fa parte»; b) «se ogni osservatore è parte del sistema osservato, allora [...] tutti i possibili risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi»; c) «l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare»; d) «ogni atto di osservazione costituisce un processo irreversibile. [...] Ogni regola giuridica è fonte di possibilità infinite d'interpretazione e applicazione a casi concreti»<sup>13</sup>.

Sebbene sia apertamente ispirato al lavoro di Tribe, una delle differenze principali tra i due studi consiste nel modo di concepire l'indeterminismo all'interno del quadro teorico della meccanica quantistica (e, di riflesso, nel campo del diritto). Il costituzionalista italiano analizza infatti la filosofia globale insita nella meccanica quantistica utilizzando un approccio continuista, per cui essa rappresenta non una negazione totale, quanto piuttosto un complemento della fisica classica (il paradigma newtoniano-laplaciano)<sup>14</sup>. Gli autori, tuttavia,

---

<sup>12</sup> L. Tribe, *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in «Harvard Law Review», 103, 1, 1989, p. 4.

<sup>13</sup> R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Angeli, Milano, 2013, pp. 18-20. Con riferimento al campo dell'interazione sociale tra i soggetti, la metafora del "diritto quantistico" era già stata utilizzata anche dal giurista brasiliano G. Telles Júnior, *O Direito Quântico*, Max Limonad, São Paulo, 1971.

<sup>14</sup> Cfr. R. Bin, «Cap. II. Meccanica quantistica e *hard cases*: questioni di risoluzione ottica», in

convergono nel considerare legittima l'ipotesi di trasposizione analogica di alcuni assunti della fisica contemporanea.

L'applicazione di questi assunti al campo dell'interpretazione giuridica può servire a corroborare la tesi, di carattere non-oggettivista, che individua nella fase interpretativa una sovrapposizione tra soggetto e oggetto attraverso la quale l'interprete forma parte del sistema interpretato.

#### *4. Olistismo epistemologico e interpretazione giudiziale*

La prospettiva quantistica suggerisce che ogni proprietà o circostanza può acquisire o perdere rilevanza sulla base delle caratteristiche concrete del caso individuale; ogni situazione può essere concepita come il risultato della congiunzione di elementi interdipendenti. L'impossibilità pratica, dovuta al carattere necessariamente incompleto e parziale delle nostre informazioni, di conoscere in anticipo le conseguenze giuridiche delle norme, dovrebbe indurre a guardare all'insieme dei casi possibili, per sviluppare eventualmente calcoli statistici.

Questo assunto presenta una certa affinità con l'immagine olistica dei processi conoscitivi delineata da Quine. Ogni teoria scientifica – sostiene l'autore – può paragonarsi a un campo di forze che entra in contatto con l'esperienza solo nei suoi confini; ogni teoria consiste in un complesso di proposizioni o enunciati solidari, la cui verità o falsità è predicabile solo attraverso una considerazione globale del sistema. Gli enunciati di cui si compone uno schema concettuale, ar-

---

R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, cit., pp. 21 ss.

ticolati in una pluralità indefinita di forme, affrontano il tribunale dell'esperienza congiuntamente, come una corporazione<sup>15</sup>. «[U]n risultato sperimentale che appare come una falsificazione di un'ipotesi o di una teoria sottoposta a controllo non comporta necessariamente la falsificazione e l'abbandono dell'ipotesi o della teoria»<sup>16</sup>. Gli assiomi di qualsiasi teoria scientifica sono prevalentemente formulati in maniera tale da risultare sottratti al controllo diretto dei dati osservativi isolatamente presi. La verifica di una teoria, pertanto, consiste in un processo dimostrativo articolato, che implica il confronto con tutte le proposizioni derivabili dai suoi assiomi e con i dati dell'esperienza.

Una rappresentazione perspicua di questo orientamento è contenuta nelle riflessioni di Imre Lakatos:

[s]econdo la tesi Duhem-Quine, con una sufficiente immaginazione, tutte le teorie (che consistano di una sola proposizione oppure di una congiunzione finita di molte proposizioni) possono sempre essere salvate dalla "confutazione" con

---

<sup>15</sup> Cfr. W. Quine, *Two Dogmas of Empiricism* [1951], in *From A Logical Point of View*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1953. Dell'autore, si vedano anche: Id., *Posits and Reality*, ried. in *The Ways of Paradox and Other Essays*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1955; Id., "Epistemology Naturalized", in *Ontological Relativity and Other Essays*, Columbia University Press, New York, 1969, pp. 69-90; Id., *On Empirically Equivalent Systems of the World*, in «Erkenntnis», 9, 1975, pp. 313-328; Id., *Three Indeterminacies*, in R. Barrett, R. Gibson (a cura di), *Perspectives on Quine*, Blackwell, Cambridge (Massachusetts), 1990, pp. 1-16. Approcci analoghi sono poi quelli di: P. Duhem, *La teoria fisica: il suo oggetto e la sua struttura* [1906], tr. it., Bologna, Il Mulino, 1978; O. Neurath, *Radikaler Physicalismus und "wirkliche Welt"*, in «Erkenntnis», 1933.

<sup>16</sup> A. Rainone, *Quine*, Carocci, Roma, 2010, p. 84. Una linea di argomentazione simile si trova in E. Nagel, *The structure of science: Problems in the Logic of Scientific Explanation*, Harcourt, Brace & World, Toronto, 1961.

qualche opportuno aggiustamento nella conoscenza di sfondo in cui sono immerse<sup>17</sup>.

Esiste in linea di principio un numero infinito di teorie in grado di rendere conto, in modo altrettanto adeguato, di una determinata serie di fatti empirici. La conferma di una teoria è un processo dimostrativo complesso, che si struttura in un ampio confronto tra tutte le proposizioni derivabili dai suoi assiomi e i dati dell'esperienza.

Ora, seguendo questo schema metodologico, nel campo dell'esperienza giuridica il fondamento delle scelte interpretative dei giudici sarà costituito dai dati normativi selezionati, e sarà influenzato in maniera determinante da differenti presupposti teorici e da differenti opzioni di politica del diritto<sup>18</sup>. Questo modello di conoscenza sembra particolarmente idoneo, sul piano epistemologico, a

---

<sup>17</sup> I. Lakatos, *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici* [1978], tr. it., Est, Milano, 2001, p. 102. Lakatos, inoltre, distingue due interpretazioni della tesi: «[n]ella sua *interpretazione debole* essa asserisce solo l'impossibilità di mandare a segno un colpo sperimentale diretto contro un bersaglio teorico strettamente specificato e la possibilità logica di modellare la scienza in un numero indefinito di modi differenti.

[...] Nella sua *interpretazione forte* la tesi Duhem-Quine esclude qualsiasi regola di scelta *razionale* fra le alternative» (*ibid.*, corsivo nel testo).

<sup>18</sup> Il problema della sottodeterminazione delle teorie (*Underdetermination Thesis*) è stato introdotto in filosofia della scienza da P. Duhem, *La teoria fisica: il suo oggetto e la sua struttura*, cit.; ripreso poi da W. Quine, *From a Logical Point of View*, cit., capp. I, II; Id., *Word and Object*, MIT, Cambridge (Massachusetts), 1960, capp. I, II; e, più recentemente, da B. Van Fraassen, *The Scientific Image*, Oxford University Press, Oxford, 1980. Con riferimento a possibili applicazioni in teoria del diritto e dell'interpretazione giuridica, si veda V. Villa, *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1988, pp. 567-597 (spec. pp. 572-573); Id., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 234-235; Id., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999 (l'evidenziazione della rilevanza, per il mondo del diritto, di alcune delle principali acquisizioni dell'epistemologia e della teoria del significato post-neopositivisti rappresenta uno dei fili conduttori della sua intera opera).

render ragione dei limiti strutturali a cui è soggetta la conoscenza dei giudici (e più in generale di qualsiasi operatore del diritto).

Sotto la lente di un approccio giuridico “post-newtoniano”, la transizione dalle disposizioni selezionate dal giudice alle norme si può concepire come un processo fondamentalmente entropico, di interdipendenza e interazione tra gli interpreti e i materiali normativi disponibili (precedenti giudiziali, casi paradigmatici, atti para-normativi, ecc.)<sup>19</sup>. Basandosi su un complesso necessariamente finito di informazioni e di strategie interpretative previamente selezionate, i giudici arrivano a una conclusione provvisoria, considerata corretta *all things considered*.

Il riconoscimento di questi dati essenziali, che la meccanica quantistica (relazionale) può contribuire a illuminare, dovrebbe indurci ad accettare come fisiologici quegli ampi margini di indeterminatezza e conflittualità che si riscontrano negli ordinamenti giuridici degli odierni Stati costituzionali.

---

<sup>19</sup> «L’approccio quantistico – osserva Bin – ci suggerisce di guardare agli interpreti del diritto come a una parte del sistema che essi stanno interpretando» (R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, cit., p. 25).

Sul tema della non-univocità e della non-oggettività dell’interpretazione giuridica (i criteri di individuazione/applicazione del diritto e la determinazione della sua validità dipendono strettamente dai processi argomentativi e dalle pratiche di ragionamento orientate ad attribuire significato alle proposizioni normative), si vedano: A. Aarnio, *The Rational as Reasonable: a Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo, 1987; Id., R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, in «Rechtstheorie», 12, 1981, pp. 133-158, 257-279, 423-424; M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990, spec. pp. 46-47; R. Dworkin, *Law’s Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, London, 1986; H. Gadamer, *Verità e metodo* [1960], tr. it., Bompiani, Milano, 1999, p. 360 («la conoscenza di un testo legale e la sua applicazione al caso giuridico concreto non sono due atti separati, ma un processo unico»); N. Mac Cormick, *Legal Reasoning and Legal Theory of Law*, Clarendon, Oxford, 1978; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

## Osservazioni conclusive

L'analisi sviluppata ha inteso mostrare la predisposizione strutturale dei diritti alla collisione e alle interferenze reciproche negli odierni Stati costituzionali, come testimonia la stessa pratica dell'amministrazione dei diritti da parte delle giurisprudenze costituzionali e ordinarie<sup>20</sup>. Da questo punto di vista, emerge l'inadeguatezza di qualsiasi rappresentazione atomista, entificata, geometrica, che isoli i diritti in uno spazio chiuso e autosufficiente<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Per alcuni tentativi di applicazione al campo dell'interpretazione dei diritti degli assunti dell'olismo epistemologico, e con particolare riguardo al problema dell'equilibrio riflessivo (inteso come processo di progressivo avvicinamento tra le nostre intuizioni morali immediate e i principi etici generali che influenzano la nostra condotta): B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 101-102; P. de Lora, *Tras el rastro de la ponderación*, in «Revista española de derecho constitucional», 20, 60, 2000, pp. 359-369; G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2008; J. Moreso, *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in J. Betegón et al. (a cura di), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004; G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 393-409; L. Prieto Sanchís, «El juicio de ponderación», in Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216.

<sup>21</sup> Andrei Marmor, a questo proposito, stigmatizza la concezione "newtoniana" dei diritti, volta a rappresentarli come entità autonome, che si muovono liberamente in uno spazio morale vuoto fino al momento in cui incontrano un limite esterno derivante dalla collisione con altri diritti (cfr. A. Marmor, *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1, 1997, pp. 1-18). Analogamente, Anna Pintore (*I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 102) critica l'immagine dei diritti come "monadi impenetrabili". Cfr. anche R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 160-163; J. Waldron, *Rights in Conflict* [1989], in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993; Id., *Security and Liberty: The Image of Balance*, in «The Journal of Political Philosophy», 11, 2003, pp. 191-210 (spec. pp. 196-197).

Le disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali sono solite essere formulate con un ampio ricorso a clausole generali aperte, assiologicamente ed emotivamente connotate, che rinviano a valori etici plurali e competitivi. I principi costituzionali che riconoscono diritti fondamentali, spesso dotati di un'accentuata funzione normogenetica, si prestano ad essere attuati in una pluralità di modi differenti sul piano costituzionale. Resta sempre aperta, in questo contesto, la possibilità di rimettere in moto il processo argomentativo, a partire dall'emergere di nuove proprietà rilevanti e valutazioni comparative.

Nel contesto dello Stato costituzionale contemporaneo, con maggiore frequenza e intensità rispetto al periodo storico anteriore, i valori e i principi morali incorporati nelle Carte costituzionali sono generalmente formulati in termini astratti, affinché il loro significato sia specificato in sede di applicazione. Questa configurazione della scrittura costituzionale non si può considerare un mero errore; si tratta piuttosto di un aspetto sistemico, che appartiene alla sua peculiare fraseologia, alla sua scrittura aperta, flessibile, inclusiva, e alle esigenze dell'interpretazione costituzionale.

Adottando un approccio "sistemico", che oltre ai criteri giuridico-istituzionali, consideri anche i fattori pragmatico-contestuali (le premesse di natura sociale, politica, economica, storica, culturale, ecc.), la stessa dimensione cooperativa e istituzionale dell'interpretazione giuridica<sup>22</sup> può trovare alcune ragioni giustificative in un contesto di principi "meta-democratici".

---

<sup>22</sup> Sul tema del pluralismo e sull'apertura delle pratiche interpretative relative al sistema costituzionale, si veda soprattutto: P. Häberle, *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y "procesal"*, in «Academia», 6, 11, 2008, pp. 29-61.

Per una considerazione del tema in termini ermeneutici, tesa a evidenziare la dimensione di "pre-comprensione" che interessa l'interpretazione giuridica, si vedano soprattutto E. Pariotti (*La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 18 ss., 44 ss.,



La meccanica quantistica relazionale – si è inteso dimostrare – può offrire suggerimenti teorici per accettare la necessità di ampi margini di indeterminazione (soprattutto negli ordinamenti giuridici costituzionali), vista come la conseguenza di limitazioni intrinseche nel contenuto informativo disponibile per ogni operatore giuridico. Alcuni assunti epistemologici di questo paradigma scientifico possono inoltre corroborare le ragioni di una rappresentazione dell'interpretazione giudiziale in termini di non-univocità e non-oggettività, valide a decostruire l'idea semplicistica che nel processo interpretativo (e applicativo) il giudice si trovi di fronte a "oggetti", enti fisici, indipendenti rispetto alla sua osservazione<sup>23</sup>.

Il ragionamento giuridico sui diritti fondamentali tende ad amplificare questa dimensione d'indeterminatezza dell'interpretazione giuridica, in quanto, pur restando influenzato da fattori giuridici, in una cultura giuridica sostanzialista, rinvia in maniera significativa a forme di ragionamento morale.

La disciplina e la tutela dei diritti, nello Stato costituzionale contemporaneo, risultano ripartite, attraverso una complicata divisione del lavoro, tra diversi attori giuridici. Che sia il legislatore o il giudice a ricorrere al bilanciamento tra

---

126 ss.) che riflette sulla nozione di "comunità dell'interpretazione giuridica" (il complesso dei soggetti istituzionalmente autorizzati a interpretare il diritto, con finalità scientifico-dottrinali e applicative); F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Un esempio significativo di "modello istituzionale" si può trovare nell'opera di K. Tuori (*Ratio and Voluntas: the Tension Between Reason and Will in Law*, Farnham, Burlington, 2011), che rappresenta i poteri statali (legislativo, giudiziario, amministrativo) come "sotto-sistemi" interconnessi, che fanno parte di un unico processo di produzione normativa. Una prospettiva analoga, "multidimensionale", è poi quella difesa da A. Vermeule (*The System of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 177 ss.), che scompone il sistema costituzionale in diversi sotto-sistemi con funzioni eterogenee.

<sup>23</sup> Roberto Bin parla a questo proposito di "ontologia del materialismo" (cfr. R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, cit., p. 11).

interessi confliggenti, dal punto di vista della teoria del diritto, non fa alcuna differenza. L'elemento necessario, affinché i diritti diventino operativi, è la determinazione (concretizzazione, delimitazione), mediante il confronto con esigenze contrapposte, del contenuto delle disposizioni costituzionali che li attribuiscono.

Lo spazio giuridico della ponderazione, occupato dalla metafora del peso delle ragioni conflittuali, appare pertanto aperto, flessibile, rivedibile. Il bilanciamento – come ha mostrato l'analisi sviluppata – può inoltre coinvolgere aspetti tanto discrezionali quanto razionali, a seconda dell'utilizzo che ne viene fatto all'interno delle circostanze specifiche del caso e nel quadro del contesto giuridico-politico di riferimento. Certo è che gli elementi concreti coinvolti nel giudizio di bilanciamento non appaiono predeterminabili con esattezza: il suo esito dipenderà sempre, in modo preponderante, dalle circostanze del caso specifico. Vi sono limitazioni conoscitive intrinseche, insite nella natura umana, che rendono questo margine d'indeterminazione un problema insolubile.

## Opere citate

- AARNIO, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo, 1987;
- , ALEXY, R., PECZENIK, A., *I fondamenti del ragionamento giuridico*, tr. it., in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, 2 voll., Giappichelli, Torino, 1987, vol. I;
- ABRAMOVICH, V., COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, in «Teoría y realidad constitucional», 12-13, 2003, pp. 691-697;
- ACOSTA SÁNCHEZ, J., *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998;
- AFONSO DA SILVA, V., *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden, 2003;
- ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Normative Systems*, Springer, New York-Wien, 1971;
- , *Philosophical Foundations of Deontic Logic of Defeasible Conditionals*, in J. Meyer, R. Wieringa (a cura di), *Deontic Logic in Computer Science. Normative System Specification*, Wiley, Chichester, New York, 1993;
- , *Defeasible Logics: Demarcation and Affinities*, in G. Grocco, L. Fariñas del Cerro, A. Herzig (a cura di), *Conditionals: from Philosophy to Computer Science*, Oxford University Press, Oxford, 1995;
- , *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, in «Studia Logica», 57, 1996, pp. 5-18;
- ALDER, J., *The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights*, in «Public Law Review», 4, 2006, pp. 697-721;
- ALENIKOFF, T.A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «The Yale Law Journal», 96, 5, 1987, pp. 943-1005;

ALEXANDER, L., KRESS, K., *Against Legal Principles*, in «Iowa Law Review», 82, 1997, pp. 739-786;

ALEXANDER, L., SHERVIN, E., *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke University Press, Durham, 2001;

–, *Demistifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008;

ALEXY, R., *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, in «Doxa», 5, 1988, pp. 139-151;

–, *Teoria dei diritti fondamentali* [1994], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2012;

–, *Concetto e validità del diritto* [1992], tr. it., Giappichelli, Torino, 1997;

–, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995;

–, *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 13, 2000, pp. 294-304;

–, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 7, 2002, pp. 131-144;

–, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 433-449;

–, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2, 2003, pp. 131-140;

–, *Die Gewichtsformel*, in J. Jickeli, M. Kreutz, D. Reuters (a cura di), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, 2003;

–, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in «Ars Interpretandi», 10, 2005, pp. 97-123;

–, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in «International Journal of Constitutional Law», 4, 3, 2005, pp. 572-581;

–, *On the Concept and the Nature of Law*, in «Ratio Juris», 21, 3, 2008, pp. 281-299;

- , *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, in «La Ley», 09/10/08, Buenos Aires;
- , *The Construction of Constitutional Rights*, in «Law & Ethics of Human Rights», 1, 2, 2010, pp. 1-139;
- , *The Dual Nature of Law*, in «Ratio Juris», 23, 2, 2010, pp. 167-182;
- , *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2015, pp. 23-36;
- , PECZENIK, A., *The Foundation of Legal Reasoning*, in «Rechtstheorie», 12, 1981, pp. 133-158, 257-279, 423-424;
- ANSUÁTEGUI, J., *Rivendicando i diritti sociali*, Esi, Roma, Napoli, 2014;
- ATIENZA, M., *Sobre lo razonable en el derecho*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 9, 27, 1989, pp. 93-110;
- , *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991;
- , *Sobre principios y reglas*, in «Doxa», 10, 1991, pp. 101-120;
- , *Juridificar la bioética*, in «Isonomía», 8, 1998, pp. 85-91;
- , «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», in R. Vázquez (a cura di), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, Fontamara, México, 1998;
- , *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001;
- , *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006;
- , *A vueltas con la ponderación*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, pp. 43-59;
- , RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996;

- BACCELLI, L., *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999;
- BALKIN, J., «The Meaning of Constitutional Tragedy», in W. Eskridge, S. Levinson (a cura di), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, New York, 1998;
- BARAK, A., *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1989;
- , *La natura della discrezionalità del giudice e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in «Politica del diritto», 1, 2003, pp. 3-18;
- , *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012;
- BARBERIS, M., *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990;
- , *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2000;
- , *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 147-162;
- , *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e Diritto. Ricerche di metagiurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004;
- , *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico [2005]*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2006;
- , *Stato costituzionale*, Mucchi, Modena, 2012;
- BARRANCO AVILÉS, M.C., *The Legitimacy of the Judge in the Constitutional State*, in «Diritto e Questioni pubbliche», 16, 1, 2016, pp. 73-82;

BAYÓN, J., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991;

–, *Diritti, democrazia, Costituzione*, in «Ragion pratica», 10, 1998, pp. 41-64;

–, *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, in «Isonomía», 13, 2000, pp. 87-117;

–, *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 1-18;

BEATTY, D., *The Ultimate Rule of Law*, Oup, Oxford, New York, 2004;

BELLAMY, R., *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 2007;

BENTHAM, J., *A Fragment of government with an Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [1776], Harrison, Oxford, 1948;

–, *An introduction to the principles of morals and legislation* [1789], I, 4-5, Harrison, Oxford, 1948;

BERLIN, I., *Two concepts of liberty : an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1958;

BERNAL PULIDO, C., *La racionalidad de la ponderación*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 26, 77, 2006, pp. 51-75;

–, *Estructura y límites de la ponderación*, in «Doxa», 26, 2003, pp. 225-238.

BESSON, S., *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart, Oxford, 2005;

BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch* [1962], New Haven, Yale University Press, 1986;

BIN, R., *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, pp. 3574 ss.

–, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25;

- , *Che cos'è la Costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2007, pp. 11-52;
  - , *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002;
  - , *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Angeli, Milano, 2013;
  - , *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in A. Pérez Miras, G. Tuel Lozano, E. Raffiotta (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Aranzadi, Madrid, 2013;
- BITBOL, M., *Physical Relations or Functional Relations? A non-metaphysical construal of Rovelli's Relational Quantum Mechanics*, [philsci-archive.pitt.edu/3506](http://philsci-archive.pitt.edu/3506), ried. in *De l'intérieur du Monde. Pour une philosophie et une science des relations*, Flammarion, Paris, 2010,
- BLACKBURN, S., *Ruling Passions. A Theory of Practical Reasoning*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1998;
- BLICHNER, L., MOLANDER, A., *Mapping Juridification*, in «European Law Journal», 14, 1, 2008, pp. 36-54;
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico* [1961], Giappichelli, Torino, 1996;
- , *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1977;
- BOBBITT, P., CALABRESI, G., *Tragic Choices*, W.W. Norton & Company, New York, 1978;
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, tr. it., a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Giuffrè, Milano, 2006;
- BOHR, N., *Natural Philosophy and Human Cultures*, in *The Philosophical Writings of Niels Bohr, Essays 1933-1957 on Atomic Physics and Human Knowledge*, Ox Bow, Woodbridge, 1987;
- , *The Quantum Postulate and the Recent Development of Atomic Theory*, in «Supplement to "Nature"», 14, 1928, pp. 580-590;



- BOMHOFF, J. ZUCCA, L., *The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights*, in «European Constitutional Law Review», 2, 3, 2006, pp. 424-442;
- BONGIOVANNI, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005;
- , SARTOR, G., VALENTINI, C. (a cura di), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009;
- BREWER-CARÍAS, A., *Instituciones políticas y constitucionales. Tomo VI – Justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996;
- BURT, R., *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1992;
- CAMPBELL, T., *Human Rights: A Culture of Controversy*, in «Journal of Law and Society», 26, 1999, pp. 6-26;
- CAMISÓN YAGÜE, J., *La polémica Kelsen-Schmitt sobre quién debe ser el "defensor de la Constitución*, in «Anuario de la Facultad de Derecho», 29, 2011, pp. 129-149;
- CAPPELLETTI, M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984;
- , *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Giuffrè, Milano, 1988;
- , GARTH, B., *Access to Justice; the World-wide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, in M. Cappelletti, J. Weisner (a cura di), *Access to Justice*, vol. I, Giuffrè & Sijthoff and Noordhoff, Milano & Alphen aan den Rijn, 1978;
- CARBONELL, M., SALASAR, P., (a cura di), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005;
- CARDOZO, B., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1960;
- CARRIÓ, G., *Nota preliminar*, in W. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* [1923], tr. sp., Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968;

- , *Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica)*, in *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973;
- CASADEI, T., *I diritti sociali: un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012;
- CASERTA, M., *Democrazia e Costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Aracne, Roma, 2006;
- CELANO, B., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002;
- , *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano, 2002;
- , *Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 34-46;
- , *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Analisi e diritto», 4, 2004, pp. 53-74;
- , *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 35, 2005, pp. 161-184;
- , *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, in «Ragion pratica», 2, 2005, pp. 469-490;
- , *Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico*, in «Ragion pratica», 25, 2006, pp. 133-149;
- , *Principi, regole, autorità*, in «Europa e diritto privato», 3, 2006, pp. 1061-1086;
- , *True Exceptions: Defeasibility and Particularism*, in G. Ratti, J. Ferrer Beltrán (a cura di), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012;
- , *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013;

- CHANG, R. (a cura di), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1997;
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Raisonnement juridique et pluralité des valeurs*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001;
- CHESSA, O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Angeli, Milano, 2015;
- CHIASSONI, P., *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999;
- , *La defettibilità nel diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 38, 2, 2008, pp. 471-506;
- CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000;
- CIENFUEGOS, D. (a cura di), *Marbury contra Madison: Una decisión histórica para la justicia constitucional*, Laguna, México, 2005;
- CLÉRICO, L., *Sobre “casos” y ponderación: los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?*, 37, 2012, pp. 113-145;
- COHEN-ELYA, M., PORAT, I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013;
- COLEMAN, J., LEITER, B., *Determinacy, Objectivity, and Authority*, in *Law, and Interpretation*, a cura di A. Marmor, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1995;
- COMANDUCCI, P., *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* [1997], tr. it., in Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998;
- , GUASTINI, R., (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003;
- CORDOVA VIANELLO, L., *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt*, in «Cuestiones Constitucionales», 15, 2006, pp. 47-68;

- , *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009;
- DANCY, J., *Moral Reasons*, Basil Blackwell, Oxford, 1993;
- , *Defending Particularism*, in «*Metaphilosophy*», 30, 1-2, 1999, pp. 25-32;
- , *Ethics without Principles*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2004;
- DAVIDSON, D., «A Coherence Theory of Truth and Knowledge», in *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, a cura di E. Lepore, Blackwell, Oxford, 1986;
- DE LORA, P., *Tras el rastro de la ponderación*, in «*Revista española de derecho constitucional*», 20, 60, 2000, pp. 359-369;
- DE OTTO, I., «*La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*», in Id., L. Martín-Retortillo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1988;
- DEPAUL, M. R., *Intuitions in Moral Enquiry*, in D. Copp (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007;
- DE SOUSA SANTOS, B., *The Gatt of Law and Democracy: (Mis)Trusting the*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
- DEVLIN, P., *The Judge as Lawmaker* [1976], in *The Judge*, Oxford University Press, Oxford, 1979;
- DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999;
- , *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in «*Quaderni costituzionali*», 4, 2004, pp. 733-762;
- , *Norme espresse e norme inesprese. Alcune osservazioni sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini*, in «*Rivista di filosofia del diritto*», 1, 2013, pp. 77-102;

- DINER, D., STOLLEIS, M., *Hans Kelsen and Carl Schmitt: a juxtaposition*, Bleicher, Gerlingen, 1999;
- DORATO, M., *Rovelli's relational quantum mechanics, anti-monism and quantum becoming* (arxiv.org/pdf/1309.0132)
- DUHEM, P., *La teoria fisica: il suo oggetto e la sua struttura* [1906], tr. it., Il Mulino, Bologna, 1978;
- DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio* [1978], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2010;
- , *Is There No Really Right Answer in Hard Cases?*, in *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1985;
- , *The Forum of Principle*, in Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1985;
- , *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1986;
- , *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1996;
- , *Do Liberal Values Conflict?*, in Id., M. Lilla, R. Silvers (a cura di), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York Reviews of Books, New York, 2001;
- , *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2006;
- ELSTER, J., *Ulisse legato* [1979], tr. it., Il Mulino, Bologna, 1983;
- , *Ulisse slegato* [2000] tr. it., Il Mulino, Bologna, 2002;
- , *Solomonic judgements: studies in the limitations of rationality*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 1989;
- ELY, J.H., *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, in «Harvard Law Review», 88, 1975, pp. 1482-1508;

- , *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Havard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1980;
- ENDICOTT, T., *Three Puzzles about Legal Rules*, in P. Chiassoni (a cura di), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 65-82;
- , *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000;
- ESKRIDGE, W., LEVINSON, S. (a cura di), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, New York, 1998;
- FALLON, R. H., *The Core of An Uneasy Case for Judicial Review*, in «Harvard Law Review», 121, 7, 2008, pp. 1693-1736;
- FANLO CORTÉS, I., *I bambini e i diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino, 2008;
- FASSÒ, G., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale* [1972], in *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II, a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 987-1050;
- FEINBERG, J., *The Nature and Value of Rights*, in «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, pp. 243-260;
- , *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, New Jersey, 1973;
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989
- , *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 43, 1, 1966, pp. 290-304;
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- , *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001;
- , *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007;
- , *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giuriprudenza

- costituzionale», 3, 2010, pp. 2771-2816;
- , *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013;
- , *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2015, pp. 37-52;
- FERRARESE, M., *Il diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari, 2006;
- FERRARO, F., *Il linguaggio dei diritti tra inflazione e scetticismo*, in «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 25-51;
- FERRERES, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997;
- FINNIS, J., *Some Professorial Fallacies about Rights*, in «Adelaide Law Review», 4, 1972, pp. 377-388;
- , *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980;
- FORTSTHOFF, E., *Lo Stato della società industriale* [1971], tr. it., Giuffrè, Milano, 2011;
- FREIBERGER, P., MCNEILL, D., *Fuzzy Logic. The Discovery of a Revolutionary Computer Technology - And How It Is Changing Our World*, Simon & Scuster, New York, 1993;
- FRIED, C., *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1978;
- FRIEDMAN, B., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in «New York University Law Review», 73, 1998, pp. 33-433;
- , *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in «The Georgetown Law Journal», 91, 2002, pp. 1-65;
- , *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, in «New York University Law Review», 76, 2001, pp. 1383-1455;

- , *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in «University of Pennsylvania Law Review», 148, 4, 2000, pp. 971-1064;
- , *The Birth of an Accademic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in «The Yale Law Journal», 11, 2, 2002, pp. 153-259.
- , *The Politics of Judicial Review*, in «Texas Law Review», 84, 2, 2005, pp. 257-338;
- FROMONT, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996 ;
- GADAMER, H., *Verità e metodo* [1960], tr. it., Bompiani, Milano, 1999;
- GAIDO, P., SÁNCHEZ, R., SELEME, H. (a cura di), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003;
- GARCÍA AMADO, J.A., *¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios*, in «Archivo de Filosofía del Derecho», tomi XIII-XIV, 1996-1997
- , *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*, in R. Sanin Restrepo (a cura di), *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 120-163;
- , *¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007*, in «Palestra del Tribunal Constitucional», 8, 2007, pp. 623 ss.;
- GARCÍA FIGUEROA, A., *¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy?*, in R. García Manrique et al. (a cura di), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007;
- , *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009;
- GARZÓN VALDÉS, E., *Representación y democracia*, in «Doxa», 6, 1989, pp. 143-163;



- GIANFORMAGGIO, L., *Tempo della Costituzione, tempo della consolidazione*, in «Politica del diritto», 4, 1997, pp. 527-551;
- GOLDONI, M., *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in «Quaderni costituzionali», 30, 4, 2010, pp. 733-755;
- , *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2011, pp. 336-360;
- GOMES CANOTHÍLO, J., *Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*, in «Derechos y Libertades», 1998, pp. 35-50;
- GREGG WALT, K., *Objectivity in Legal Reasoning*, in *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1992,
- GREENAWALT, K., *The Nature of Rules and the Meaning of Meaning*, in «Notre Dame Law Review», 72, 5, 1999, pp. 1449-1477;
- GRIFFITH, J., *The Political Constitution*, in «Modern Law Review», 42, 1979, pp. 1-21;
- GUASTINI, R., *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1990, pp. 185-206;
- , *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990;
- , *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993
- , *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, in «Diritto Pubblico», 3, 1998, pp. 651-659;
- , *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996;
- , *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998;
- , *Realismo e antirealismo nella teoria dell’interpretazione*, in «Ragion pratica», 17, 2001, pp. 35-49;
- , *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004;

- , *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006;
- , *Ponderazione: un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 26, 2006, pp. 151-162;
- , *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008;
- , *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011;
- GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendung Diskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988;
- , *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», 45, 1992, pp. 36-76;
- , *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, in «Doxa», 17-18, 1995, pp. 271-302;
- HAAK, S., *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the Formalism*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996;
- HÄBERLE, P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* [1983], tr. it., La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993;
- , *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y "procesal"*, in «Academia», 6, 11, 2008, pp. 29-61;
- , *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, a cura di E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002;
- HABERMAS, J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* [1992], tr. it., Laterza, Roma-Bari, 2013;
- , *Human rights and popular sovereignty: the liberal and the republican version*, in «Ratio Juris», 7, 1, 1994, pp. 1-13;
- HAGE, J., *Reasoning with Rules*, Dordrecht, Kluwer, 1997;

- HALBERTSTAM, D., *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J. Dunoff, J. Trachtman (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009;
- HAMPSHIRE, S., *Justice Is Conflict*, Princeton University Press, Princeton, 2001;
- HARE, R., *Il linguaggio della morale* [1953], tr. it. Ubaldini, Roma, 1961;
- , *Moral Thinking: Its Levels, Methods, and Point*, Oxford, Oxford University Press, 1981;
- , *Moral Conflicts*, in S. M. McMurrin (a cura di), *The Tanner Lectures on Human Values*, 2 voll., University of Utah Press, Salt Lake City, 1980, vol. I;
- , *Universal Prescriptivism*, in P. Singer (a cura di), *Companion to Ethics*, Blackwell, Oxford, 1991;
- HART, H.L.A., *Il concetto di diritto* [1961], tr. it., Torino, Einaudi, 1965;
- , *Rawls on Liberty and Its Priority*, in «University of Chicago Law Review», 40, 1973, pp. 533-555;
- , *Legal Rights* [1973], in Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1982;
- HAYEK, F., *Law, legislation and liberty*, Routledge and Kegan Paul, London, 1982;
- HEISENBERG, W., *Die physikalischen Prinzipien der Quantentheorie*, Hirzel, Leipzig, 1930;
- , *Physics and Philosophy: The Revolution in Modern Science*, Harper and Row, New York, 1958;
- HEMPEL, C., *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica* [1952], tr. it., Feltrinelli, Milano, 1970;
- HENKIN, L., *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, in «Columbia Law Review», 78, 5, 1978, pp. 1022-1049;

- HERRERA, C., *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, in «Revista de estudios políticos», 86, 1994, pp. 195-227;
- HESSE, K., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992;
- HILBINK, L., WOODS, P., *Comparative Sources of Judicial Empowerment: Ideas and Interests*, in «Political Research Quarterly», 62, 4, 2009, pp. 745-752;
- HIRSCHL, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2004;
- , *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics WorldWide*, in «Fordham Law Review», 75, 2, 2006, pp. 721-754;
- , *The Judicialization of Politics*, in K. Whittington, D. Kelemen, G. Caldeira (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2010;
- HÖFFE, O., *Giustizia politica. Fondamenti di una filosofia critica del diritto e dello Stato* [1987], tr. it., Il Mulino, Bologna, 1995;
- HOHFELD, W. N., *Concetti giuridici fondamentali* [1923], tr. it., Einaudi, Torino, 1969;
- HOLMES, S., SUNSTEIN, C. R., *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, London, 1999;
- HURLEY, S., *Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 10, 2, 1990, pp. 221-251;
- HUSCROFT, G., MILLER, B.W., WEBBER, G. (a cura di), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014;
- IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999;
- IGNATIEFF, M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2001;

- ITZCOVICH, G., *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 3, pp. 109-123;
- JACKSON, V., *Being Proportional About Proportionality*, in «Constitutional Commentary», 21, 3, 2004, pp. 803-859;
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999;
- KALYVAS, A., *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 2008;
- KAMM, F., *Conflicts of Rights: Typology, Methodology and Non-Consequentialism*, in «Legal Theory», 7, 2001, pp. 239-255;
- KAVANAGH, A., *The Idea of a Living Constitution*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 16, 2003, pp. 55-89;
- KEKES, J., *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, New Jersey, 1993;
- KELSEN, H., *Società e natura: ricerca sociologica* [1943], tr. it., Einaudi, Torino, 1992;
- , *La giustizia costituzionale*, tr. it., a cura di G. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981;
- KING, J., *Judging social rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012;
- KOOPMANS, T., *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
- KOSKO, B., *Fuzzy Thinking*, Harper Collins Publishers, London, 1994;
- KRAMER, L., *On the Nature of Legal Rights*, in «Cambridge Law Journal», 59, 2000, pp. 473-508;
- , *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2004;

- , STEINER, H., *Theories of Rights: Is There a Third Way*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 27, 2007, pp. 281-310;
- KRAMER, M., SIMMONDS, N., STEINER, H., *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford University Press, Oxford, 1998;
- KRESS, K., *Legal Indeterminacy*, in «California Law Review», 77, 2, 1989, pp. 283-337;
- KUHN, T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], tr. it., Einaudi, Torino, 2009;
- KUMM, M., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in «Law & Ethics of Human Rights», 4, 2, 2010, pp. 142-175;
- , *Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in «European Journal of Legal Studies», 2, 2007, pp. 153-183;
- , *Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review*, in M. Klatt (a cura di), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012;
- LAKATOS, I., *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici* [1978], tr. it., Est, Milano, 2001;
- LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007;
- LAUDISA, F., *Le correlazioni pericolose: tra storia e filosofia della fisica contemporanea*, Il Poligrafo, Padova, 1998;
- , *Causalità: storia di un modello di conoscenza*, Carocci, Roma, 1999;
- , *The EPR Argument in a Relational Interpretation of Quantum Mechanics*, in «Foundations of Physics Letters» ([arXiv:quant-ph/0011016](https://arxiv.org/abs/quant-ph/0011016)), 14, 2, 2001, pp. 119–132;
- LEISNER, W., *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997;

- LEITER, B., *Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence*, in *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007;
- LETSAS, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007;
- LUKES, S., *Making Sense of Moral Conflict*, in *Liberalism and the Moral Life*, a cura di N. Rosenblum, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1989;
- LUQUE SÁNCHEZ, P., *La concepción irenista de la Constitución*, in «Isonomía», 38, 2013, pp. 35-65;
- , *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014;
- , *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità tra universalismo e particolarismo*, in «Ragion Pratica», 1, 2015, pp. 159-178.
- LYONS, D., “Rights, Claimants and Beneficiaries”, in Id. *Rights, Welfare, and Mill’s Moral Theory*, Oxford University Press, New York, 1994;
- , *Rights, Welfare, and Mill’s Moral Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1994;
- LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990;
- , *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012;
- MACCOMICK, N., *Children’s Rights: a Test-Case for Theories of Rights*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 62, 1976, pp. 305-316;
- , *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* [1978], tr. it., Giappichelli, Torino, 2001,
- , *Rights in Legislation*, in P. Hacker, J. Raz (a cura di), *Law, Morality and Society*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1977;
- , *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978;

- , *Defeasibility in Law and Logic*, in Z. Bankowski *et al.* (a cura di), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, Dordrecht, 1995;
- , *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007;
- MACKIE, J., *Can There Be a Right-Based Moral Theory?*, in Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1978;
- MACKLEM, T., *Entrenching Bills of Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 1, 2006, pp. 107-129;
- MANIACI, G., *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2008;
- , *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 47-73;
- MARMOR, A., *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1997, pp. 1-18;
- , *Interpretation and Legal Theory*, Hart, Oxford, 2005;
- MARTIN, R., *A System of Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1993;
- MARTÍNEZ PUJALTE, V.A. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997;
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007;
- MATTHEWS, J., STONE SWETT, A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in «Columbia Journal of Transnational Law», 47, pp. 73-165;
- MAUS, I., *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts*, in «Rechtstheorie», 20, 1989, pp. 191-210;
- MAZZARESE, T., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in Id. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002;



- , *Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas*, in «Doxa», 26, 2003, pp. 687-716;
- , *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in «Ragion Pratica», 1, 2006, pp. 179-208;
- MCDOWELL, J., *Mind, Value, and Reality*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1998;
- MCKEEVER, S., RIDGE, M., *Principled Ethics. Generalism as a Regulative Ideal*, Oxford University Press, Oxford, 2006;
- MCNAUGHTON, D. RAWLING, P., *Unprincipled Ethics*, in B. Hooker, M. Little (a cura di), *Moral Particularism*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2000;
- MEHRA, J., RECHENBERG, H., *The Historical Development of Quantum Theory*, 6 voll., Springer, Berlin-New York, 1982-88;
- MENDONCA, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003;
- MIERS, D., TWINING, W., *How to Do Things with Rules*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1982;
- MÖLLER, K., *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal», 5, 3, 2007, pp. 453-468;
- , *Proportionality: Challenging the Critics*, in «International Journal of Constitutional Law», 10, 3, 2012, pp. 709-731;
- MORESO, J.J., *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 79-118;
- , *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997;
- , *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 241-248;

- , *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in J. Betegón et al. (a cura di), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004;
- , «Conflictos entre principios constitucionales», in Id. (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003;
- , «Sobre los conflictos entre derechos», in M. Carbonell (a cura di), *Garantismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, 2005;
- , *Ferrajoli sui conflitti tra diritti*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 6, 2006, pp. 133-141;
- , *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009;
- , ZUCCA, L., *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 103-106;
- MÜLLER, F., *Die Positivität der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990;
- NAGEL, E. *The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation*, Harcourt, Brace & World, Toronto, 1961;
- NAGEL, T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979;
- NEURATH, O., *Radikaler Physicalismus und "wirkliche Welt"*, in «Erkenntnis», 1933;
- NINO, C.S., *Introduzione all'analisi del diritto* [1980], tr. it., Giappichelli, Torino, 1996;
- , *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992;
- , *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, in M. Rosenfeld (a cura di), *Theoretical Perspectives*, N.C. Duke University Press, Durham, 1994, pp. 295-333;
- , *La filosofía del control judicial de la constitucionalidad*, in «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 4, 1989, pp. 79-88;

- NOGUEIRA, H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamerica en la alborada del siglo XXI*, Porrúa, México, 2004;
- NOZICK, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974;
- , *Moral Complications and Moral Structures*, in «Natural Law Forum», 13, 1968, pp. 1-50;
- O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991;
- OFFE, C., *Contradictions of The Welfare State*, The Mit Press, Cambridge (Massachusetts), 1984;
- OLLERO, A., *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal*, in «Pensamiento y Cultura», 3, 2000, pp. 157-166;
- , *Diritto come morale applicata* [1994], tr. it., Giuffrè, Milano, 1999;
- PACE, A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2001, pp. 35-62;
- PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002;
- PASTORE, B., *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003;
- PATTERSON, D., "Postmodernism", in Id. (a cura di), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Cambridge (Massachusetts), 1996;
- PECES-BARBA MARTINÉZ, G. "Interpretación de los derechos", in *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995;
- PENNER, J., *The Analysis of Rights*, in «Ratio Juris», 10, 1997, pp. 300-315;
- PÉREZ BERMEJO, J., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006;
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Las generaciones de derechos fundamentales*, in «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 10, 1991, pp. 203-217;

- , *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006;
  - , *¿Qué significa juzgar?*, in «Doxa», 32, 2009, pp. 151-176;
  - , *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010;
  - , *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2010;
  - , *El nuevo paradigma de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, in «Crónica Jurídica Hispalense», 11, 2013, pp. 459-476;
  - , *Dilemas en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales*, in «Crónica Jurídica Hispalense», 14, 2017, in corso di pubblicazione.
- PETTIT, P., *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. Shapiro, C. Hacker-Cordon (a cura di), *Democracy's Value*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 1999;
- , *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. Shapiro, S. Macedo (a cura di), *Designing Democratic Institutions*, New York University Press, New York, 2000;
- PIEROTH, B., SCHLINK, B., *Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010;
- PILDES, R., *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, in «Hastings Law Journal», 45, 4, 1994, pp. 711-751;
- PINO, G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Etica & Politica», 1, 2006, pp. 1-57;
- , *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion Pratica», 31, 2008, pp. 393-409;
  - , *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2009, pp. 487-508;
  - , *Principi e argomentazione giuridica*, in «Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 2009, pp. 131-158;

- , *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in «Filosofia politica», 2010, 2, pp. 287-306;
- , *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010;
- , *I princìpi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 11, 2011, pp. 75-110;
- , *Princìpi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 56, 1, 2011, pp. 965-997;
- , *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 1, 2013, pp. 77-102;
- , *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in «Ragion Pratica», 2, 2014, pp. 541-556;
- , *Tre concezioni della Costituzione*, in «Teoria e critica della regolazione sociale», 2015;
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007;
- PINTORE, A., *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2004;
- PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002;
- POPPER, K., *Logica della scoperta scientifica: il carattere autocorrettivo della scienza* [1934], tr. it., Einaudi, Torino, 1998;
- , *Platone totalitario* [1945], vol. I, in Id., *La società aperta e i suoi nemici*, tr. it., 2 voll., Armando, Roma, 2002-2003;
- POSNER, R., *Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation*, in «Michigan Law Review», 101, 4, 2003, pp. 952-971;
- POSTEMA, G., *In Defense of «French Nonsense». Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MacCormick, Z. Bankowski (a cura di), *Enlightenment, Rights and*

- Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1989;
- PORCIELLO, A., *Eutanasia e principi fondamentali: la costituzionalizzazione del dilemma etico*, in P. Falzea (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, Napoli, 2009;
- POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001;
- , *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in «Doxa», 21, 2, 1998, pp. 339-353;
- , *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2008, pp. 405-418;
- PRAKKEN, H., *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer, Dordrecht, 1997;
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992;
- , *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, in Id., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990;
- , *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998;
- , *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in «Afdum», 5, 2001, pp. 201-227;
- , *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 97-114;
- , *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003;
- , *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*, in «Doxa», 31, 2008, pp. 325-353;
- QUINE, W.V.O., *Two Dogmas of Empiricism* [1951], in *From A Logical Point of View*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1953;

- , *Posits and Reality*, ried. in *The Ways of Paradox and Other Essays*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1955;
- , *Word and Object*, Mit, Cambridge (Massachusetts), 1960;
- , *Ontological Relativity and Other Essays*, Columbia University Press, New York, 1969;
- , *On Empirically Equivalent Systems of the World*, in «*Erkenntnis*», 9, 1975, pp. 313–328;
- , *Three Indeterminacies*, in R. Barrett, R. Gibson (a cura di), *Perspectives on Quine*, Blackwell, Cambridge (Massachusetts), 1990;
- RABOSI, E., *Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché*, «*Lecciones y Ensayos*», 69-71, 1997-98, pp. 41-52;
- RAINONE, A., *Quine*, Carocci, Roma, 2010;
- RAWLS, J., *Una teoria della giustizia* [1971], tr. it., Feltrinelli, Milano, 2008;
- , *Liberalismo politico* [1993], tr. it., a cura di S. Veca, Einaudi, Torino, 2012;
- RAZ, J., *Legal Principles and the Limits of Law*, in «*Yale Law Journal*», 81, 1972, pp. 823-854;
- , *Legal Positivism and the Sources of Law*, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1979;
- , *On the Nature of Rights*, in «*Mind*», 93, 370, 1984, pp. 194-214;
- , *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1990;
- , *Legal Rights* [1984], ried. in *Ethics in the Public Domain*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1994;
- , *The Morality of Freedom*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1986;
- , *The Relevance of Coherence*, in *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1994;

- , *Rights and Politics*, in «Indiana Law Journal», 71, 1995, pp. 27-44;
- , *Disagreement in Politics*, in «American Journal of Jurisprudence», 43, 1998, pp. 25-52;
- , *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1999;
- , *The Truth in Particularism*, in *Engaging Reason. On the Theory and Value of Action*, Oxford University Press, Oxford, 1999;
- , *On the Authority and Interpretation of Constitutions. Some Preliminaries*, in L. Alexander (a cura di), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001;
- , *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2011;
- REDONDO, M.C., *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, in «Doxa», 20, 1997, pp. 177-196;
- , *Ragioni e norme*, in «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 439-468;
- , *El ideal de las acciones basadas en normas jurídicas*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2008;
- REGAN, D., *Duties of Preservation*, Princeton University Press, Princeton, 1986;
- RENTERÍA DÍAZ, A., *Il labirinto della giustizia: giudice, discrezionalità, responsabilità*, Angeli, Milano, 2000;
- RICHARDSON, H., *Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems*, in «Philosophy & Public Affairs», 1990, pp. 279-310;
- RIVERS, J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in «Cambridge Law Journal», 65, 1, 2006, pp. 174-207;
- ROBERTSON, D., *The Judge as a Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton University Press, Princeton, 2010;
- RODOTÀ, S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992;



–, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012;

RODRÍGUEZ, J., *Axiological Gaps and Normative Relevance*, in «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie», 86, 2000, pp. 151-167;

–, SUCAR, G., *Las trampas de la derrotabilidad*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999;

RODRÍGUEZ ALCALÁ, D., *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011;

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000;

RODRÍGUEZ PALOP, M.E., *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010;

ROMBOLI, R., *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992;

ROSS, A., *Diritto e giustizia* [1958], tr. it., Einaudi, Torino, 1965;

ROSS, W. D., *The Right and the Good*, Clarendon, Oxford, 1930;

ROVELLI, C., *Relational quantum mechanics*, in «International Journal of Theoretical Physics» (arXiv:quant-ph/9609002), 35, 1996, pp. 1637-1657;

–, SMERLAK, M., *Relational EPR*, in «Foundations of Physics» ([arXiv:quant-ph/0604064](https://arxiv.org/abs/quant-ph/0604064)), 37, 3, 2007, pp. 427-445;

–, *La realtà non è come ci appare: la struttura elementare delle cose*, Cortina, Milano, 2014;

–, *Sette brevi lezioni di fisica*, Adelphi, Milano, 2014;

RUGGERI, A., SPADARO, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004;

- RUIZ MIGUEL, A., *Derechos liberales y derechos sociales*, in «Doxa», 15-16, 1994, pp. 651-674;
- SANGALLI, A., *The importance of Being Fuzzy and Other Insights from the Border between Math and Computers*, Princeton University Press, Princeton, 1998;
- SANZ MORENO, J., *El parlamentarismo en su encrucijada: Schmitt versus Kelsen, o la reivindicación del valor de la democracia*, in «Revista de Estudios Políticos», 162, 2013, pp. 113-148
- SARDO, A., *Teorías de la ponderación: análisis crítico*, in F. Morales, P. Grández Castro (a cura di), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Palestra, Lima, 2013;
- , *Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica*, in «Revus», 22, 2014, pp. 21-34;
- SCANLON, T., *A Theory of Freedom of Expression* [1972], rist. in R. Dworkin (a cura di), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977;
- SCHAUER, F., *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, in «Vanderbilt Law Review», 34, 1981, pp. 265-307;
- , *An Essay on Constitutional Language*, in «UCLA Law Review», 29, 1982, pp. 797-832;
- , *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* [1991], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2000;
- SCHIAVELLO, A., *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 3, 2003, pp. 37-49;
- SCHLINK, B., *Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, in «EuGRZ», 11, 1984, pp. 457-468;
- , *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, in «Duke Journal of Comparative & International Law», 22, 2012, pp. 291-302;
- SCHMITT, C., *Dottrina della Costituzione* [1928], tr. it., a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano;

- , *Il custode della Costituzione* [1931], tr. it., Giuffrè, Milano, 1981;
- , *Le categorie del “politico”* [1932], tr. it., a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972;
- SEGURA ORTEGA, M., *Problemas interpretativos e indeterminación del derecho*, in «Direito», 22, 2013, pp. 673-683;
- SEARLE, J., *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2010;
- SEN, A., *Resources, Values and Development*, Harvard University Press, Harvard, 1984;
- SERNA, P., TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000;
- SHAFFER-LANDAU, R., *Moral Rules*, in «Ethics», 107, 4, 1997, pp. 584-611;
- SHAPIRO, M., *The State of Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton, 2003;
- SHAPIRO, M., STONE SWEET, A., *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002;
- SINNOT-ARMSTRONG, W., *Some Varieties of Particularism*, in «Metaphilosophy», 1999, pp. 1-12;
- SMITH T., *Rights Conflicts. The Undoing of Rights*, in «Journal of Social Philosophy», 26, 1995, pp. 141-158;
- STAMMLER, R., *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Weiseshauses, Halle, 1923;
- STEINER, H., *The structure of a Set of Compossible Rights*, in «Journal of Philosophy», 74, 1977, pp. 767-775;
- STOCKER, M., *Plural and Conflicting Values*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1990;

- , «Abstract and Concrete Value: Plurality, Conflict, and Maximization», in R. Chang (a cura di), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2008;
- STONE SWEET, A., *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000;
- SULLIVAN, K., *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in «Harvard Law Review», 106, 1992, pp. 22-123;
- SUMNER, L., *The Moral Foundation of Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1987;
- SUNSTEIN, C., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996;
- , *One Case at a Time Judicial Minimalism on The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1999;
- , *The Supreme Court*, 1995 Term. Foreword: Leaving Things Undecided, in «Harvard Law Review», 110, 1996
- , VERMEULE, A., *Interpretation and Institution*, in «Michigan Law Review», 101, 4, 2003, pp. 885-951;
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980;
- TATE, C., VALLINDER, T. (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995;
- TELLES JÚNIOR, G., *O Direito Quântico*, Max Limonad, São Paulo, 1971;
- THOMSON, J.J., *Some Ruminations on Rights*, in «Arizona Law Review», 19, 1977, pp. 45-60;
- , *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1990;
- , *Rights, Restitution and Risks. Essays on Moral Theory*, Harvard University Press, Harvard, 1986;

- TOLLER, F., *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, in E. Ferrer MacGregor (a cura di), *Interpretación constitucional*, 2 voll., Porrúa, México, 2005, vol. II;
- TOMKINS, A., *Our Republican Constitution*, Hart, Oxford, 2005;
- TREANOR, W., *Judicial Review before Marbury*, in «Stanford Law Review», 58, 2, 2010, pp. 453-562;
- TRIBE, L., *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in «Harvard Law Review», 103, 1, 1989, pp. 1-36;
- , *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency*, in «Harvard Law Review», 98, 1985, pp. 592-621;
- TROPER, M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, Paris, 2001 ;
- TROPMAN, J., *American Values and Social Welfare: Cultural Contradictions in The Welfare State*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1989;
- TUORI, K., *Ratio and Voluntas: the Tension Between Reason and Will in Law*, Farnham, Burlington, 2011;
- TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999;
- , *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2008;
- , *How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases For Against Judicial Review?*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 30, 1, 2010, pp. 49-70;
- TSAKYRAKIS, S., *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in «International Journal of Constitutional Law», 7, 3, 2009, pp. 468-493;
- TWINING, W., MIERS, D., *Come far cose con regole* [1982], tr. it., Giuffrè, Milano, 1990;
- VAN FRAASSEN, B., *The Scientific Image*, Oxford University Press, Oxford, 1980;
- , *Rovelli's World*, in «Foundations of Physics», 40, 2010, pp. 390-417;

- VERMEULE, A., *The System of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2011;
- VILLA, V., *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1988, pp. 567-597;
- , *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993;
- , *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999;
- , *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012;
- VIOLA, F., ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999;
- , *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003;
- WALDRON, J., *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984;
- , «Introduction», in Id. (a cura di), *'Nonsense upon Stilts'. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 1987;
- , *The Right to Private Property*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988;
- , *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 13, 1993, pp. 18-51;
- , *Liberal Rights: collected papers 1981–91*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993;
- , *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, in «Hastings Law Journal», 45, 1993-1994, pp. 813-824;
- , *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in «California Law Review», 82, 1994, pp. 509-540;
- , *Disagreement and Precommitment*, in *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, a cura di L. Alexander, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 1998;
- , *Law and Disagreement*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1999;

- , *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* [1999], tr. it., Giuffrè, Milano, 2001
- , *Security and Liberty: The Image of Balance*, in «The Journal of Political Philosophy», 11, 2003, pp. 191-210;
- , *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in «Supreme Court Law Review», 23, 2004, pp. 9-21;
- , *The Core of the Case against Judicial Review*, in «Yale Law Journal», 115, 2006, pp. 1346-1406.
- , *Representative Lawmaking*, in «Boston University Law Review», 89, 2009, pp. 335-355;
- WALEN, A., *Judicial Review in Review: A Four-Part Defense of Legal Constitutionalism*, in «International Journal of Constitutional Law», 7, 2009, pp. 337-340;
- WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 1994;
- , *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007;
- WEBER, M., *L'“oggettività” conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* [1904], tr. it., in Id., *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Torino, 2001;
- WEBBER, G., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009;
- , *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 23, 2010, pp. 179-202;
- WELLMAN, C., *Rights*, in IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, *Legal Theory and Philosophy of Law*, 2005;
- , *On Conflicts Between Rights, Law and Philosophy*, 14, 1995, pp. 277-285;
- , *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview, Boulder, 1999;

–, *Solidarity, the Individual and Human Rights*, in «Human Rights Quarterly», 22, 2000, pp. 639-657;

WELLMAN, K., *An Approach to Rights*, Kluwer, Dordrecht, 1997;

WOLF, S., *Two Levels of Pluralism*, in «Ethics», 102, 1992, pp. 785-798;

WRÓBLESKI, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, A-Tieto Oy, Helsinki, 1983;

ZADEH, L., *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*, in «Synthese», 30, 1975, pp. 407-428;

ZAGREBELSKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982;

–, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988;

–, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992;

–, *Storia e Costituzione*, in Id., J. Luther, P. Portinaro (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996;

–, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005;

–, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008;

ZUCCA L., *Constitutional dilemmas: conflicts of fundamental legal rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, 2007.